

Rolf Müllmann

Der Begriff des Unternehmens in § 20 AktG

1969

1970

Der Begriff des Unternehmens in § 20 AktG

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Rolf Müllmann
aus Papenburg
1970

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Harry Westermann

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Werner Knopp

Dekan: Prof. Dr. Walter Stree

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Dezember 1969



Meinen Eltern



Gliederung

	<u>Seite</u>
Einleitung	1
I. Das Problem	1
II. Das Unternehmen als Rechtssubjekt	4
III. Im Schrifttum vertretene Lösungen	6
1. Die Lehre vom institutionellen Unternehmens- begriff	7
2. Die "funktionale" Auffassung	8
3. Das Schrifttum zur Frage der Unternehmens- eigenschaft der öffentlichen Hand	9
IV. Grundsätzliche Kritik der Literatur und Gang der Darstellung	10
Erster Teil	12
Die Bestimmung des Unternehmensbegriffs nach dem Wortsinn	
I. Der wirtschaftswissenschaftliche Unternehmensbegriff als Ausgangspunkt für den rechtswissenschaftlichen Unternehmensbegriff	12
1. Der Einfluß der Übernahme des Begriffs auf die Auslegungsmethode	14
2. Das Problem der Bindung an den Kern des vor- rechtswissenschaftlichen Begriffs	16
II. Der Unternehmensbegriff in der Rechtswissenschaft	20
1. Gesichtspunkte, unter denen definiert wurde	20
2. Verschiedene Aspekte rechtswissenschaftlicher Unternehmensbegriffe	21
3. Zusammenfassung und Darlegung des weiteren Vorgehens	24
III. Das Vorhandensein einer äußeren Wirtschaftseinheit als wesentliches Merkmal des Unternehmensbegriffs	25

	<u>Seite</u>
IV. Die begriffliche Einordnung der öffentlichen Hand als Unternehmen	28
V. Das Verhältnis des Unternehmensbegriffs zum Kaufmannsbegriff	31
VI. Die freien Berufe als Unternehmen	34
VII. Zusammenfassung	37
Zweiter Teil	39
Die Entstehungsgeschichte	39
I. Der Referentenentwurf von 1958	39
II. Der Regierungsentwurf von 1960	40
III. Das Aktiengesetz vom 6.9.1965	41
IV. Folgerungen	42
Dritter Teil	
Die Bestimmung des Unternehmensbegriffs nach Normzweck und Interessenlage	44
I. Interessenlage und Interessenkonflikte bei Vorhandensein eines Großaktionärs	44
1. Das ursprüngliche Modell der Aktiengesellschaft	44
2. Die Modifikation des Modells durch die Wirklichkeit	46
3. Die Erleichterung der Machtergreifung als Folge der besonderen Strukturmerkmale der Aktiengesellschaft	51
4. Die Stellung des herrschenden Aktionärs in der Gesellschaft	53
5. Die Auswirkungen der Beherrschung auf die Interessenlage der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger	56

	<u>Seite</u>
a) Die Interessen aller Aktionäre sind gleichgerichtet	57
b) Der Großaktionär verfolgt gesellschafts-fremde Sonderinteressen	58
6. Zusammenfassung	64
II. Die Statuierung der Mitteilungspflicht als Maßnahme zum Schutz der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger	65
III. Der Erfordernis eines Schutzes vor jedem Aktionärstyp	71
IV. Differenzierung unter den Aktionärstypen nach dem Grad der Gefahr für die Interessen der Publizitätsadressaten	74
1. Die besonderen Gefahren bei Abhängigkeit von einer Unternehmung	75
2. Die Gefahrenlage bei Abhängigkeit von einer Person, die an einer anderen Unternehmung beteiligt ist	78
3. Die generelle Eignung des wirtschaftswissenschaftlichen Unternehmensbegriff zur Bestimmung des mitteilungspflichtigen Großaktionärs	81
4. Einzelfragen zur Unternehmenseigenschaft von Personengesellschaften	85
V. Stellungnahme zu den bisher im Schrifttum vertretenen Auffassungen	92
1. Kritik der funktionalen Lehre	92
2. Kritik der institutionellen Lehre	97
VI. Die Unternehmenseigenschaft der freien Berufe	100
VII. Die Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand	102
1. Die Rechtsstellung des öffentlichen Großaktionärs	105
a) Der Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Aktionäre	105

	<u>Seite</u>
b) Öffentlichrechtliche Sondervorschriften für öffentliche Aktionäre	107
c) Die Lehre von der Durchbrechung des privaten Gesellschaftsrechts durch Vorschriften des öffentlichen Rechts	109
d) Die Bedeutung dieser Lehre im Rahmen dieser Untersuchung	111
e) Zusammenfassung	113
2. Die Auswirkungen der Beteiligung der öffentlichen Hand auf die Interessenlage der Publizitätsadressaten	113
a) Die Beteiligungsziele des öffentlichen Aktionärs	114
b) Die Einflußnahme des öffentlichen Großaktionärs auf die Gesellschaft	118
c) Die Gefahr von Schädigungen der Publizitätsadressaten bei Beteiligung eines öffentlichen Großaktionärs	120
Ergebnis	125

Literaturverzeichnis

- Anhang zum Finanzbericht 1968, Beteiligungen des Bundes im Haushaltsjahr 1966
hsg. vom Bundesministerium der Finanzen
Bonn 1967
- Anlagenband zum Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 29. Februar 1964, erstattet vom Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft zu BT-Drucksache IV/2320
- Bärmann, Johannes Die Willensbildung in den europäischen Aktienrechten, Karlsruhe 1964
- Ballerstedt, Kurt Kapital, Gewinn und Ausschüttungen bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949
- ders. Gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. II Berlin 1960, S. 871 ff.
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch, 17. Auflage, München und Berlin 1966
- Baumbach-Hueck Aktiengesetz, 13. Auflage, München 1968
- Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft - Konzentrationsbericht - Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, BT-Drucksache IV/2320
- Berkemann, Jörg Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften, Hamburg 1966
- Berle-Means The Modern Corporation and Private Property, New York 1932
- Bernhardt, Wolfgang Mitteilungs-, Bekanntmachungs- und Berichtspflichten über Beteiligungen nach neuem Aktienrecht, in BB 1966, 678 ff.
- Bolsenkötter, Heinz Zum aktienrechtlichen Begriff des Unternehmens, in: DB 1967, 1098 ff.
- Brauksiepe, Jochen Zum Unternehmensbegriff des neuen Aktienrechts, in: BB 1966, 869 ff.

- Eckstein, Dieter Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Bergbau und in der Elektrizitätswirtschaft der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1966
- Ehrenberg, Victor Handbuch des gesamten Handelsrechts, 2. Bd., Leipzig 1918
- Enquête Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft, Verhandlungen und Berichte des Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur, Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen, 1. Teil, 3. Arbeitsgruppe, Wandlungen in den Rechtsformen der Einzelunternehmen und Konzerne.
- Eucken, Walter Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 3., unveränderte Auflage, Tübingen, Zürich 1960
- Falkenhausen, v. Bernh. Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften (AG und GmbH), Karlsruhe 1967
- Fechner, Erich Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft, Bonn 1942
- ders. Die Treubindungen des Aktionärs, Weimar 1942
- Fehrensens, Hans Die Treuepflicht des Großaktionärs, Diss. Göttingen 1965
- Filbinger, Hans Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktien- und Konzernrecht, Berlin 1942
- Fischer, Curt Eduard Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht. Rechtspolitische Betrachtungen zu einer Reform des Aktiengesetzes in: AcP 154 (1955) S. 85 ff.
- ders. Die Reform des Aktiengesetzes. Grundsätzliche Gesichtspunkte und einige Vorschläge für die Neufassung, AcP 154 (1955), S. 181 ff.

- Fischer, Robert Der Minderheitenschutz im deutschen Aktienrecht, in: Minderheitenschutz bei Kapitalgesellschaften, Heft 2 der Hefte der Vereinigung für den Gedankenaustausch zwischen deutschen und italienischen Juristen e.V., S. 59 ff., Karlsruhe 1967
- Flume, Werner Die Unabhängigkeitsgarantie des Abschlußprüfers nach § 137 Abs. 2 AktG, in: NJW 1952, S. 484 ff.
- ders. Nochmals: Zur Unabhängigkeitsgarantie des Abschlußprüfers nach § 137 Abs. 2 AktG, in: NJW 1953, S. 90 ff.
- ders. Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Düsseldorf 1958
- ders. Grundfragen der Aktienrechtsreform, Düsseldorf 1960
- Forschungsinstitut für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Öffentliche Beteiligungen an wirtschaftlichen Unternehmen. Ein Verzeichnis der Beteiligungen der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik, Mainz 1957
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München und Berlin 1966
- Frankfurter Publizitätsgespräch, das Vorträge und Diskussionen der gleichnamigen Tagung in Königstein/Taunus, am 13. und 14. April 1962, Frankfurt 1962
- Frentzel, Gerhard Die gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand - Ein Problem des Wirtschaftsverfassungsrechts, in: Heft 56 der Schriftenreihe des Deutschen Industrie- und Handelstages, Bonn 1958
- Friedlaender, Heinrich Konzernrecht, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1954
- Gadow-Heinichen-Eb. Schmidt-W. Schmidt-Weipert Großkommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Band I, Berlin 1961, Band II, Berlin 1965

- Gandenberger, Otto Was ist ein Unternehmen?
Volkswirtschaftliche Überlegungen
zum Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen, Heidelberg 1963
- Geiler, Karl Die wirtschaftliche Methode im Ge-
sellschaftsrecht, in: Gruch Beitr.
Bd. 68 (1927), S. 593 ff.
- Gessler, Ernst Der Schutz der abhängigen Gesell-
schaft, in: Festschrift für
Walter Schmidt, S. 247 ff., Berlin 1959
- ders. Probleme des neuen Konzernrechts,
in: DB 1965, S. 1691 ff. u. 1729 ff.
- ders. Das neue Aktienrecht, in: BB 1965, 677
- Gierke, v., Julius Das Handelsunternehmen, in: ZHR 111
(1948), S. 1 ff.
- Gieseke, Paul Die rechtliche Bedeutung des Unter-
nehmens, in: Festschrift für Ernst
Heymann, Teil II, S. 112 ff, Weimar 1940
- ders. Der Rechtsbegriff des Unternehmens
und seine Folgen, in: Deutsche Landes-
referate zum III. Internationalen
Kongreß für Rechtsvergleichung in
London 1950, S. 606 ff., Berlin und
Tübingen 1950.
- Godin, v.-Wilhelmi Aktiengesetz, Kommentar in 2 Bänden,
3. Aufl., Berlin 1967
- Großfeld, Bernhard Aktiengesellschaft, Unternehmenskon-
zentration und Kleinaktionär,
Tübingen 1968
- Hamm, Walter Kollektiveigentum. Die Rolle öffent-
licher Unternehmen in der Marktwirt-
schaft, Heidelberg 1961
- Handbuch der Aktiengesellschaft, 1. Teil
Gesellschaftsrecht, bearbeitet von
Möhring und Tank, Köln 1967
- Hartmann, Gunther Konzernrecht und Aktienrechtsreform,
in: Marburger Aussprache zur Aktien-
rechtsreform, S. 53 ff., Marburg 1959
- Haussmann, Fritz Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht,
Mannheim, Berlin, Leipzig 1928.

- Havermann, Hans Die verbundenen Unternehmen und ihre Pflichten nach dem Aktiengesetz 1965 in: Die Wirtschaftsprüfung 1966, 30 ff.
- Heck, Philipp Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932
- Helmert, Otto Haushalts- Kassen- und Rechnungswesen Berlin 1961
- Horak, Hans Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland und ihre Probleme, Köln und Opladen 1964
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. I. Tübingen 1953
- Hueck, Alfred Gesellschaftsrecht, 14. Aufl., München 1968
- Ipsen, Hans Peter Kollision und Kombination von Prüfungsvorschriften des Haushalts- und des Aktienrechts, in: JZ 1955, 593 ff.
- ders. Hamburgs Verfassung und Verwaltung. Von Weimar bis Bonn, Hamburg 1956
- Isay, Rudolf Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910
- Jacobi, Erwin Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, in: Festschrift für Victor Ehrenberg, S. 1 ff., Leipzig 1927
- Jäckel, Günther Die Unabhängigkeit der Abschlußprüfer bei der Pflichtprüfung von Aktiengesellschaften der öffentlichen Hand, Hamburg-Berlin-Bonn 1960
- Jahr, Günther Funktionsanalyse von Rechtsfiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge, Bd. 33, S. 14 ff. Berlin 1964.
- Janberg/Schlaus Abstimmungsverträge nach neuem Aktienrecht unter Berücksichtigung des Rechts der verbundenen Unternehmen, in: Die Aktiengesellschaft 1967, 33 ff.

- Jesch, Dietrich Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, in: AöR, Bd. 82 (1957) S. 163 ff.
- Jessen, Jens Unternehmen und Unternehmensrecht, in: ZHR 96, S. 37 ff.
- Klein, Franz Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft, Wien 1904
- Köhler, Herbert W. "Betrieb" und "Unternehmen" in wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, in: JZ 1953, 713 ff.
- Köttgen, Arnold Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 59, Tübingen 1928
- ders. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 577 ff., Karlsruhe 1960
- Kronstein, Heinrich Die abhängige juristische Person, München, Berlin, Leipzig 1931
- Kropff, Bruno Aktiengesetz, Düsseldorf 1965
- ders. Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, in: BB 1965, 1281 ff.
- ders. Der "faktische Konzern" als Rechtsverhältnis, in: DB 1967, 2147 ff. u. 2604 ff.
- Küster, Werner Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter, insbesondere des Stimmrechts, im deutschen Gesellschaftsrecht, Berlin 1954
- Kutzenberger, Gerhard Mitbestimmung der Aktionäre, Berlin 1964
- Lang, Helmar Der Einfluß der öffentlichen Hand auf gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften. Diss. Freiburg 1964
- Lange, Joachim Verdeckte Gewinnausschüttungen, Herne, Berlin 1967

- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
- Lenel, Hans Otto Ursachen der Konzentration unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse, Tübingen 1962
- Leo, Hans-Christoph Die Einmann-AG und das Neue Konzernrecht in: Die Aktiengesellschaft 1965, 352 ff.
- Lipfert, Helmut Gefahren der Konzentration für den Streubesitz, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Dritter Band, S. 1661 ff, Berlin 1960
- Mestmäcker, Ernst-J. Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958
- ders. Zur aktienrechtlichen Stellung der Verwaltung bei Kapitalerhöhungen, in: BB 1961, 945ff.
- ders. Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft im Aktienrecht, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie u. Statistik, S. 103 ff. Berlin 1964
- ders. Über das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft im Aktienrecht, in: JuS 1963, 417 ff.
- ders. Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz, in: Festgabe für Heinrich Kronstein, S. 129 ff., Karlsruhe 1967
- Möhring, Philipp Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktienrecht, in: NJW 1967, S. 1 ff.
- Möhring-Schwartz-Rowedder-Haberlandt Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1966
- Müller-Henneberg/Schwartz usw. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Müller/Rieker Der Unternehmensbegriff des Aktiengesetzes 1965, in: Die Wirtschaftsprüfung 1967, 197 ff.

- Naendrup, Peter-Hubert Privatrechtliche Haftungsbeschränkung
und staatliche Verantwortung,
Bielefeld 1967
- Obermüller-Werner-Winden Aktiengesetz 1965, Bd. I, Stuttgart 1965
- Oppikofer, Hans Das Unternehmensrecht, Tübingen 1927
- Passow, Richard Betrieb, Unternehmung, Konzern, Jena 1925
- ders. Der Strukturwandel der Aktiengesellschaft
im Lichte der Wirtschaftsenquete,
Jena 1930
- Fisko, Oskar Das Unternehmen als Gegenstand des
Rechtsverkehrs, Wien 1907
- Plückebaum-Malitzky Umsatzsteuergesetz, 9. Aufl., Köln,
Berlin, Bonn, München 1965
- Plum, Gustav Beteiligungsverhältnisse in der deut-
schen Wirtschaft gemäß der Meldepflicht
nach dem Aktiengesetz von 1965, Sonder-
ausgabe der Zeitschrift für das gesamte
Kreditwesen, 2. Aufl., Frankfurt,
September 1966
- Pross, Helge Manager und Aktionäre in Deutschland,
Frankfurt 1965
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart
1963
- Raisch, Peter Geschichtliche Voraussetzungen, dogma-
tische Grundlagen und Sinnwandlung des
Handelsrechts, Karlsruhe 1965
- ders. Zu den grundsätzlichen Aufgaben der
Rechtswissenschaft gegenüber dem neuen
Aktiengesetz, in: JZ 1966, S. 501 ff.
549 ff.
- Rasch, Harold Sind auf dem Gebiet des Konzernrechts
gesetzgeberische Maßnahmen gesellschafts-
rechtlicher Art erforderlich? Gutachten
für den 42. Deutschen Juristentag, in:
Verhandlungen des 42. DJT, Bd. I, 3. Teil,
Tübingen 1957
- ders. Richtige und falsche Wege der Aktien-
rechtsreform, Karlsruhe 1960
- ders. Deutsches Konzernrecht, 4. Aufl.,
Köln, Berlin, Bonn, München 1968.

- | | |
|--|---|
| Rathenau, Walther | Vom Aktienwesen, Berlin 1917 |
| Rautmann, Hans-Günther | Probleme aus dem Recht der Unternehmensverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, in: Beiträge zur Aktienrechtsreform, S., 159 ff., Heidelberg 1959 |
| Referentenentwurf | eines Aktiengesetzes, veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium, Köln 1958 |
| Regierungsentwurf | eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz mit Begründungen vom 13.6.1960, BT-Drucksache III/1915 |
| Rehbinder, Eckard | Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg v.d. Höhe - Berlin, Zürich 1969 |
| Rinck, Gerd | Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen, in: Festschrift "Recht im Wandel", 150 Jahre Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München 1965 |
| Rittner, Fritz | Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, Tübingen 1962 |
| Rüfner, Wolfgang | Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft. Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung Berlin 1966 |
| Schäfer, Dietrich | Aktuelle Probleme des neuen Aktienrechts, in: BB 1966, 229 ff. |
| ders. | Die Rechtsfolgen bei Unterlassung der Mitteilung nach den §§ 20 und 21 des Aktiengesetzes, in: BB 1966, 1004 ff. |
| ders. | Wann ist der Großaktionär Unternehmer? in: NJW 1967, 1741 |
| Schäfer, Erich | Die Unternehmung, 6. Aufl., Köln und Opladen 1966 |
| Scheuner, Ulrich | Die freien Berufe im ständischen Aufbau, in: Festschrift für J.W. Hedemann, S. 424 ff., Jena 1938 |
| Schlegelberger | Handelsgesetzbuch, 1. Bd., 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1960 |
| Schlegelberger-Quassowski-Geßler-Hefermehl | Aktiengesetz, 3. Aufl., Berlin 1939 |

- Schmalenbach, Eugen Die Aktiengesellschaft, 7. Aufl., Köln, Opladen 1950
- Schmidt, Dirk Zur aktienrechtlichen Mitteilungspflicht für Beteiligungen, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1966, 1046 ff.
- Schmoller, Gustav Die geschichtliche Entwicklung der Unternehmung, in: Jahrbuch der Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, Bd. 14 (1890), S. 736
- ders. Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre, I. Teil, Elfte und zwölftes Tausend, München, Leipzig 1919
- Schnettler, Albert Öffentliche Betriebe, Essen 1956
- Schönfeld, Walther Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts als Vorarbeit zu einer künftigen Wirklichkeitslehre des deutschen Rechts, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 2. Bd., S. 191 ff, Berlin und Leipzig 1929
- Spitzenverbände (BDI, DIHT usw.) Gemeinsame Denkschrift zum Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Köln, Bonn 1959
- Stackelberg v. Heinrich Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., Bern, Tübingen 1951
- Strauß, Walter Die Rechtsstellung des Aktionärs, in: Marburger Aussprache zur Aktienrechtsreform, Marburg 1959, S. 15 ff.
- ders. Grundlagen und Aufgaben der Aktienrechtsreform, Tübingen 1960
- Stützel, Wolfgang Aktienrechtsreform und Konzentration in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. 2, S. 907 ff., Berlin 1960
- Surén, Friedrich-Karl Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd. 2, Gemeindewirtschaftsrecht, Köln, Berlin, München, Bonn 1960
- Tetzner, Heinrich Kartellrecht, 2. Aufl., München und Berlin 1967

- Tiling, Johann Die Anonymität der Aktionäre im Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht, in: Die Aktiengesellschaft 1968, S. 95 ff.
- Ulmer, Peter Der Unternehmensbegriff im Vertrag der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Heidelberg 1960
- Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts, Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages, Tübingen 1967 (zit.: DJT+Konzernrecht)
- Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts, Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages, Bericht des Ausschusses I (Prof. Ballerstedt), Tübingen 1955
- Verhandlungen auf der Arbeitstagung des Vereins für Socialpolitik Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, neue Folge, Bd. 33, Berlin 1964
- Vialon, Friedrich-Karl Haushaltsrecht, 2. Aufl., Berlin, Frankfurt 1959
- Vogel, Klaus Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959
- Waszmuth, Hors Sind Gemeinden Unternehmen nach dem neuen Aktienrecht, in: Der Städtetag 1967, 43ff.
- Weber, Adolf Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 7. Aufl., Berlin 1958
- Weisser, Karl-Friedrich Der Gewinn der Aktiengesellschaft im Spannungsfeld zwischen Gesellschaft und Aktionären, Berlin 1962
- Werth, Heinz-Jürgen Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft, Düsseldorf 1960
- Westerfelhaus/Glade Verdeckte Gewinnausschüttungen als steuerrechtliches und betriebswirtschaftliches Problem, 2. Aufl., Düsseldorf 1961

- Westermann, Harry Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Karlsruhe 1954
- ders. Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955
- ders. Die Verantwortung des Vorstandes der Aktiengesellschaft, in: Eine Freundesgabe der Wissenschaft, Festschrift für Vits zum 60. Geburtstag, S. 251 ff, Frankfurt 1963
- ders. Das Verhältnis zwischen Bergbau und öffentlichen Verkehrsanstalten als Gegenstand richterlicher und gesetzgeberischer Bewertung, Köln und Opladen 1966
- Wieland, Karl Handelsrecht, Bd. 1, München und Leipzig 1921
- Wiethölter, Rudolf Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, Karlsruhe 1961
- ders. Die Publizitätsinteressen der Anteilseigner, in: Das Frankfurter Publizitätsgespräch, S. 33 ff, Frankfurt 1962
- Wilhelmi, Hans Das neue Aktiengesetz, in: Die Aktiengesellschaft 1965, S. 153 ff.
- Winkhaus, Eckard Der Bericht des Vorstandes einer Aktiengesellschaft über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung des Problems des Ausgleichspflicht und der Einfluß von Rahmenverträgen, welche die Geschäftsbeziehungen zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft regeln, auf die Berichterstattungspflicht und den Berichtsumfang, Diss. Münster 1967
- Wöhe, Günter Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt 1967
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht II, München und Berlin 1962
- Wolff, Martin Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts in: Festgabe für Otto v. Gierke, 2. Bd., S. 115 ff., Breslau 1910

- Würdinger, Hans Aktien- und Konzernrecht, 2. Aufl.,
Karlsruhe 1966
- ders. Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts
gesetzgeberische Maßnahmen gesellschafts-
rechtlicher Art erforderlich? in: Verhand-
lungen des 42. Deutschen Juristentages,
Teil F, Tübingen 1957
- ders. Zur Reform des Konzernrechts, in:
Festschrift für Walter Schmidt, S. 279 ff.
Berlin 1959
- Zeiss, Friedrich Das Aktiengesetz 1965, Stuttgart, Berlin,
Köln, Mainz 1966
- Zöllner, Wolfgang Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimm-
rechtsmacht bei den privatrechtlichen
Personenverbänden, München u. Berlin 1963
- ders. Einführung in das Konzernrecht, in:
JuS 1968, S. 297 ff.

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz von 1965
AktG 1937	Aktiengesetz von 1937
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BB	Zeitschrift Der Betriebsberater
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BStBl	Bundessteuerblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Zeitschrift Der Betrieb
Der Städtetag	Zeitschrift Der Städtetag
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
Die Aktiengesellschaft	Zeitschrift Die Aktiengesellschaft
Die Wirtschaftsprüfung	Zeitschrift Die Wirtschaftsprüfung
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
EG	Einführungsgesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
GenG	Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GewO	Gewerbeordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GmbHG	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO	Gemeindeordnung
GruchBeitr	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HV	Hauptversammlung
i.d.R.	in der Regel
JuS	Zeitschrift Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht
RefE	Referentenentwurf eines Aktiengesetzes
RegE	Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHO	Reichshaushaltsordnung
RMinBl	Reichsministerialblatt
RStBl	Reichssteuerverordnungsblatt
RWB	Wirtschaftsbestimmungen für die Reichsbehörden
Rz	Randziffer
Tz	Textziffer
UStG	Umsatzsteuergesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht

E I N L E I T U N G

I. Das Problem

§ 20 AktG verwendet den Unternehmensbegriff zur Umschreibung der zur Mitteilung einer bestimmten Beteiligung an der Aktiengesellschaft verpflichteten Aktionäre. § 20 Abs. 1, S. 1 AktG lautet: "Sobald einem Unternehmen mehr als der vierte Teil einer Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland gehört, hat es dies der Gesellschaft unverzüglich schriftlich mitzuteilen." § 20 Abs. 4 AktG lautet: "Sobald dem Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung (§ 16 Abs. 1) gehört, hat es auch dies der Gesellschaft unverzüglich schriftlich mitzuteilen." § 20 Abs. 6 schreibt vor, daß die Gesellschaft das Bestehen einer Beteiligung, die ihr nach Abs. 1 oder Abs. 4 mitgeteilt worden ist, unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen hat.

Die Mitteilungspflichten sollen die Aktionäre, die Gläubiger und die Öffentlichkeit über geplante und bestehende Konzernverbindungen besser unterrichten und die vielfach für die Unternehmungsleitung selbst nicht erkennbaren wahren Machtverhältnisse in der Gesellschaft deutlicher hervortreten lassen. Ferner soll die Rechtssicherheit bei der Anwendung derjenigen Vorschriften, die an die Höhe einer Beteiligung anknüpfen, erhöht werden.¹⁾

Über den Inhalt des Unternehmensbegriffs herrscht weitgehende Unklarheit, weil "angesichts der großen praktischen Schwierigkeiten"²⁾ von einer Umschreibung des Unternehmensbegriffs Abstand genommen wurde. Diese bewußt in Kauf genommene

1) Begründung RegE, bei Kropff, S. 38.

2) Begründung RegE zu § 15, bei Kropff .S. 27.

Unsicherheit ist um so bedauerlicher, als die Frage der Unternehmenseigenschaft von großer praktischer Bedeutung ist. Nach § 20 Abs. 7 AktG können Rechte aus Aktien, die einem nach § 20 Abs. 1 AktG oder § 20 Abs. 4 AktG mitteilungspflichtigen Unternehmen gehören, für die Zeit, für die das Unternehmen die Mitteilung nicht gemacht hat, durch das Unternehmen, ein von ihm abhängiges Unternehmen oder einen anderen für Rechnung des Unternehmens oder eines von diesem abhängigen Unternehmens nicht ausgeübt werden. Teilt also ein Aktionär, der Unternehmer ist, seine Beteiligung nicht mit, so ruhen insbesondere sein Stimmrecht, sein Recht auf Dividende, das Bezugsrecht und das Recht auf den Liquidationserlös.¹⁾ Werden diese Rechte gleichwohl wahrgenommen, so kann das weitreichende Folgen haben.²⁾ Die unrechtmäßige Entgegennahme von Dividenden oder neuen Aktien kann als Betrug nach § 263 StGB strafbar sein.³⁾ Wird das Stimmverbot umgangen, so liegt eine Ordnungswidrigkeit nach § 405 Abs. 3 Nr. 5 AktG vor.⁴⁾ Die Ausübung des Stimmrechts macht Hauptversammlungsbeschlüsse nach § 243 AktG anfechtbar, soweit die rechtswidrige Stimmrechtsausübung kausal für den Beschluß war.⁵⁾

1) Baumbach-Hueck AktG § 20 Anm. 17.

2) dazu Schmidt, Zur aktienrechtlichen Mitteilungspflicht für Beteiligungen, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1966, 1046 ff. und Schäfer, Die Rechtsfolgen bei Unterlassung der Mitteilung nach den §§ 20 und 21 des AktG, in: BB 1966, 1004 ff.

3) Vgl. Tiling, Die Anonymität der Aktionäre im Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht, Die Aktiengesellschaft 1968, S. 96.

4) Baumbach-Hueck, a.a.O.

5) Tiling a.a.O.; Würdinger, Aktien- und Konzernrecht S. 266.

Und noch ein zweiter Gesichtspunkt für die praktische Bedeutung des Problems: Das Bekanntwerden größerer Beteiligungen führt an der Börse regelmäßig zu Kurssteigerungen. Der Erwerb weiterer Anteile an der AG wird für ein Unternehmen wesentlich teurer als für sonstige Aktionäre, die ihre Beteiligungspläne nicht aufdecken müssen und heimlich weiterkaufen können.¹⁾ Von daher versteht es sich, daß besonders für die Aktionäre selbst ein großes Interesse an Klarheit in der Frage besteht, ob sie Unternehmen sind und mitteilen müssen oder nicht.

Das Aktiengesetz ist am 1. Januar 1966 in Kraft getreten. Zu diesem Zeitpunkt bestehende Beteiligungen waren bis zum 31.1.1966 mitzuteilen.²⁾ Eine Zusammenstellung der tatsächlich gemeldeten Beteiligungen³⁾ weist vor allem auf zwei Problemkreise hin: Die Unternehmenseigenschaft von Privatpersonen und die Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand. Aus der Zusammenstellung geht hervor, daß Privatpersonen sich nicht für Unternehmen gehalten haben; lediglich einer der großen westdeutschen Kapitalhalter hat seine Kapitalanteile bekanntgegeben.⁴⁾ Zu untersuchen wird daher die Frage sein, ob Privatpersonen generell nicht zur Mitteilung verpflichtet sind, bzw. unter welchen Voraussetzungen die Unternehmenseigenschaft von Privatpersonen zu bejahen ist.

Aus der Zusammenstellung geht ferner hervor, daß der größte Teil der Aktienbesitzer im Bereich der öffentlichen Hand sich

1) v. Caemmerer, Publizitätsinteressen der Öffentlichkeit und Gesellschaftsrecht, in: Das Frankfurter Publizitätsgespräch S. 181.

2) § 7 EG AktG.

3) Vgl. Plum, Beteiligungsverhältnisse in der deutschen Wirtschaft gemäß der Meldepflicht nach dem Aktiengesetz von 1965.

4) Plum a.a.O., S. 1.

nicht für Unternehmen hält.¹⁾ Ob die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, und hier in erster Linie Bund, Länder und Gemeinden, tatsächlich nicht verpflichtet sind, ihre Beteiligungen mitzuteilen, bedarf einer eingehenden Prüfung.

II. Das Unternehmen als Rechtssubjekt

Bevor sich die Untersuchung der Bestimmung des Unternehmensbegriffs zuwenden kann, ist noch eine Klarstellung zur Terminologie erforderlich.

§ 20 AktG setzt voraus, daß das Unternehmen Aktionär ist. Die Vorschrift verlangt von dem Unternehmen ein bestimmtes Verhalten und droht ihm für den Fall der Unterlassung dieses Verhaltens Sanktionen an.

Nach unserem Rechtssystem können Inhaber von Aktien und Adressaten von Rechtsnormen nur Rechtssubjekte sein, also natürliche oder juristische Personen. Wirtschaftliche Gebilde, die im allgemeinen Sprachgebrauch Betrieb oder Unternehmen genannt werden, sind keine Rechtssubjekte; Träger aller sie betreffenden Rechte und Pflichten sind die Personen, die mit ihnen am Wirtschaftsleben teilnehmen.²⁾ Vereinzelte Versuche, dem Unternehmen Rechtssubjektivität zu verleihen - genannt seien hier Endemanns "Lehre vom Geschäft" und, mit Einschränkungen, die auf Keynes und Rathenau beruhene Theorie vom "Unternehmen an sich" - sind erfolglos

1) Plum a.s.O.

2) Ulmer, Der Unternehmensbegriff im Vertrag der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, S. 45.

geblieben.¹⁾ Es gibt kein Unternehmen, das selbst Rechtssubjekt ist. Das Unternehmen ist systematisch streng von seinem Träger, dem Unternehmer, zu trennen.²⁾

Bei dieser Rechtslage ist die Terminologie des Aktiengesetzes ungenau. Der Gesetzgeber hätte für § 20 AktG nicht den Begriff Unternehmen, sondern den Begriff Unternehmer verwenden müssen.

Doch wiegt diese systemfremde Wortwahl deswegen nicht schwer, weil heute in der Rechtssprache eine synonyme Verwendung beider Begriffe üblich ist.³⁾ Was im Einzelfall mit dem Unternehmensbegriff gemeint ist, hängt jeweils von der Funktion des Begriffs im Tatbestand ab. Soll mit dem Wort Unternehmen ein Normadressat bezeichnet werden, so wird es im Sinne des Wortes Unternehmer verstanden.⁴⁾ Daß dies gerade auch bei § 20 AktG so ist, zeigt die Entstehungsgeschichte.⁵⁾

In der folgenden Untersuchung wird daher gleichfalls von einer strengen Unterscheidung der Begriffe Unternehmen und Unternehmer abgesehen.

-
- 1) Einzelheiten dazu finden sich bei Ulmer, a.a.O. S. 44-47.
 - 2) Rittner, Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, S. 16, spricht treffend von einem Subjekt- Objektverhältnis. Ähnlich: Rehbinders, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht S. 58/59.
 - 3) Ralsch, Geschichtliche Voraussetzungen S. 120; Ulmer, a.a.O. S. 48.
 - 4) Ralsch, a.a.O. Nach Rehbinders a.a.O. S. 82 ist der Unternehmensbegriff dann "stellvertretender" Rechtsbegriff für ein Rechtssubjekt.
 - 5) Ausschlußbericht zu § 20 AktG, bei Kropff, AktG S. 41. Typisch für diese Verwendung des Unternehmensbegriffs sind auch die Ausführungen des Abgeordneten Professor Böhm zu den Mitteilungspflichten im Bundestag (Vgl. Bericht von der 184. Sitzung des deutschen Bundestages vom 19.5.1965 in Band 58 der Verhandlungen des deutschen Bundestages auf S. 9240.)

Fest steht nach der oben erfolgten Klarstellung, daß es bei der Definition des Unternehmensbegriffs ausschließlich um die Bestimmung von Merkmalen und Eigenschaften einer bestimmten Gruppe von Rechtssubjekten geht, und nicht um die Bestimmung von tatsächlichen Erscheinungen ohne Rechtssubjektivität.

III. Im Schrifttum vertretene Lösungen

Im Schrifttum erörtert man den Unternehmensbegriff nicht unter Beschränkung auf eine bestimmte Vorschrift, wie z.B. § 20 AktG, sondern umfassend. Das Aktiengesetz verwendet in zahlreichen Vorschriften den Begriff Unternehmen.¹⁾ Bestimmt man "den aktienrechtlichen Unternehmensbegriff"²⁾ schlechthin, so geht man stillschweigend davon aus, daß der Begriff in allen aktienrechtlichen Vorschriften den gleichen Inhalt hat. Dieser Ansatz der Literatur ist verfehlt. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, daß eine eingehende Untersuchung aller Vorschriften³⁾, die den Begriff enthalten, zu diesem Ergebnis führen würde; man darf aber nicht ohne weiteres davon ausgehen. Es ist anerkannt, daß Rechtsbegriffe nicht nur in den verschiedenen Gesetzen einen unterschiedlichen Inhalt haben können, sondern sogar im Bereich ein und desselben Gesetzes.⁴⁾ Der Begriffsinhalt hängt von der Zweckbestimmung der Rechtsvorschriften ab. Das Unternehmen als Gegenstand einer Sacheinlage nach § 31 und das Unternehmen als meldepflichtiger Aktionär in § 20 lassen sich mit guten

1) Z.B. in §§ 3,4,15,16,17,18,19,20,21,31,32,37,39,44 usw.

2) Vgl. z.B. Müller/Rieker, Der Unternehmensbegriff des Aktiengesetzes 1965, in: Die Wirtschaftsprüfung 1967, S. 197 ff; Bolsenkötter, Zum aktienrechtlichen Begriff des Unternehmens, in: DB 1967, 1098 ff.

3) Eine solche ist, soweit ersichtlich, bisher nicht vorgenommen worden.

4) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 243; vgl. auch den Beschluß des Kammergerichts vom 12.1.1960 WuW/E OLG 322 = DB 1960, 407 ff.

Gründen verschieden bestimmen. In § 31 ist entscheidend der Sachwert, also das Geschäft bzw. der Gewerbebetrieb; das Unternehmen ist dort Rechtsobjekt. In § 20 ist das Unternehmen Normadressat; hier kommen also nur Rechtssubjekte in Betracht. Von daher ist es gerechtfertigt, die Untersuchung auf § 20 zu beschränken.¹⁾

1. Die Lehre vom institutionellen Unternehmensbegriff

Die h.M.²⁾ vertritt einen sog. institutionellen Unternehmensbegriff. Danach setzt Unternehmenseigenschaft das Vorhandensein einer äußeren Wirtschaftseinheit im Sinne eines Gewerbebetriebes voraus. Der Begriff Unternehmen soll als "rechtlich neutraler Begriff die Wirtschaftseinheit bezeichnen, mit der eine Person... am Wirtschaftsleben teilnimmt".³⁾ Dabei gehen die Ansichten über Umfang und Beschaffenheit der "Institution" weit auseinander. Während überwiegend⁴⁾ als Unternehmen nur eine organisierte Einheit, die aus einem oder mehreren Betrieben besteht, angesehen

-
- 1) Das bedeutet natürlich nicht, daß sonstige Vorschriften, die den Unternehmensbegriff verwenden, unbeachtet bleiben.
 - 2) Wilhelmi, Das neue Aktiengesetz, in: Die Aktiengesellschaft 1967, 37; v. Godin/Wilhelmi, Aktiengesetz § 15, Anm. 2; Rasch, Deutsches Konzernrecht S. 37; Würdinger, Aktien- und Konzernrecht S. 263; Gessler, Das neue Aktienrecht, in: BB 1965, 678; Baumbach-Hueck, Aktiengesetz § 15, Anm. 3 und 4; Leo, Die Einmann-AG und das neue Konzernrecht, in: Die Aktiengesellschaft 1965, 353; Havermann, Die verbundenen Unternehmen und ihre Pflichten nach dem Aktiengesetz 1965, in: Die Wirtschaftsprüfung 1966, S.32; Schäfer, Aktuelle Probleme des neuen Aktienrechts, in: BB 1966, 231; Müller/Rieker, Die Wirtschaftsprüfung 1967, S. 199 ff; Ralsch, Zu den grundsätzlichen Aufgaben der Rechtswissenschaft gegenüber dem neuen Aktiengesetz, in: JZ 1966, 554 ff; Bolsenkötter DB 1967, 1098 ff.; Janberg/Schlaus, Abstimmungsverträge nach neuem Aktienrecht unter Berücksichtigung des Rechts der verbundenen Unternehmen, in: Die Aktiengesellschaft 1967, 37; Handbuch der Aktiengesellschaft Rz. 705, S.312; Möhring-Schwartz-Rowedder-Haberlandt, Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung S. 284; Obermüller-Werner-Winden, Aktiengesetz 1965, S. 168.
 - 3) V.Godin-Wilhelmi, a.a.O.
 - 4) Vgl. z.B. Leo a.a.O.; Müller/Rieker, a.a.O.; Würdinger, a.a.O.

wird, hält Raisch, um den mit dem Unternehmensbegriff erfaßten Personenkreis möglichst weit zu ziehen, lediglich "das Vorhandensein einer äußerlich sinnfälligen Veranstaltung" für erforderlich, die im Extremfall aus einer Schreibmaschine bestehen kann.¹⁾

Nach der institutionellen Lehre kann nicht Unternehmen sein ein Aktionär ohne Institution. Daraus folgt, daß Privatpersonen als solche grundsätzlich keine Unternehmenseigenschaft haben.²⁾ Teilweise werden sie aber dann als Unternehmen angesehen, wenn sie auf weitere Unternehmen i.S. von Institutionen Einfluß ausüben.³⁾

2. Die "funktionale" Auffassung

Eine Mindermeinung⁴⁾ vertritt die Ansicht, daß für die Unternehmenseigenschaft das Vorhandensein äußerer Merkmale

1) Vgl. Raisch a.a.O.

2) Müller/Rieker a.a.O. S. 200; Würdinger a.a.O.; Schäfer a.a.O. S. 233 und in NJW 1967, S. 1741.

3) Würdinger a.a.O.; ähnlich Baumbach-Hueck a.a.O. § 15 Anm.4.

4) Kropff, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, in: BB 1965, S. 1281 ff. S. 1285; Brauksiepe, Zum Begriff des neuen Aktienrechts in: BB 1966, 871; Möhring, Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktienrecht in: NJW 1967, 1; Wassmuth, Sind Gemeinden Unternehmen nach dem neuen Aktienrecht? in: Der Städtetag 1967, 43 ff. Unklar äußert sich Bernhardt, Mitteilungs-, Bekanntmachungs- und Berichtspflichten über Beteiligungen nach neuem Aktienrecht, in: BB 1966, 679, der in Zweifelsfällen nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles entscheiden will. Nach seiner Ansicht "dürfte eher eine zu weite als eine zu enge Auslegung des Unternehmensbegriffs dem Sinn des Aktiengesetzes entsprechen".

wie z.B. einer Wirtschaftseinheit, nicht wesentlich ist, daß es vielmehr auf die Art der vom Aktionär verfolgten Interessen ankommt. Diese, sog. funktionale Auffassung¹⁾ bejaht die Unternehmenseigenschaft, wenn der Aktionär "unternehmerische" Interessen verfolgt und verneint sie bei Verfolgung reiner Anlageinteressen. Der Unternehmensbegriff umschreibt nach dieser Ansicht den "Träger einer unternehmerischen Planungs- und Entscheidungsgewalt"²⁾. Entscheidend ist "die Funktion des Dritten als einer ziel- und planvoll, eben unternehmerisch denkenden und handelnden Instanz".³⁾ Nach dieser Meinung hängt die Unternehmenseigenschaft von Privatpersonen lediglich von deren Willensrichtung ab. Nach Möhring⁴⁾ ist eine Privatperson dann Unternehmen, wenn sie bereit und in der Lage ist, "gewissermaßen marktstrategisch das Schicksal ihrer Gesellschaft mitzubestimmen und sich nicht lediglich auf die Verfolgung der Interessen eines reinen Anlageaktionärs" beschränkt.

3. Das Schrifttum zur Frage der Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand

Im Schrifttum⁵⁾ ist man sich weitgehend darüber einig, daß

-
- 1) Dieser Begriff beruht auf der von Köhler, "Betrieb" und "Unternehmen" in wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1953, 718, getroffenen Unterscheidung zwischen dem Unternehmen als Inbegriff von Sachen und Rechten, dem Unternehmen als Funktion und dem Unternehmen als Verband. Handelt es sich um einen funktionalen Unternehmensbegriff, so wird nicht geprüft, ob der Aktionär ein Unternehmen ist (was an Hand äußerer Merkmale festzustellen wäre), sondern, ob der Aktionär in der Funktion eines Unternehmens auftritt, sich also unternehmerisch betätigt.
 - 2) Kropff, BB 1965, 1285
 - 3) Möhring, NJW 1967, 1.
 - 4) a.a.O.
 - 5) Kropff, BB 1965, 1285; Brauksiepe, BB 1966, 872; Wassmuth, Der Städtetag 1967, S. 46; Müller/Rieker, Die Wirtschaftsprüfung 1967, 202; Zeiss, S. 19; Rasch, S. 38; Raisch, JZ 1966, 555; Baumbach-Hueck, § 15, Anm. 5.

juristische Personen des öffentlichen Rechts, wie z.B. Bund, Länder und Gemeinden, grundsätzlich nicht Unternehmen sind, und somit ihre Beteiligungen an Aktiengesellschaften nicht mitzuteilen brauchen. An den Begründungen dieser Ansicht fällt auf, daß das von der h.M. bei Personen des Privatrechts verwendete Bestimmungskriterium - Vorhandensein einer Wirtschaftseinheit - bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts eine untergeordnete Rolle spielt. Als entscheidend wird vielmehr hervorgehoben, daß die öffentliche Hand keine unternehmerischen Interessen habe und nicht unternehmerisch handle,¹⁾ sondern regelmäßig öffentliche Interessen verfolge. Die Verfolgung öffentlicher Zwecke soll jedoch mit der Unternehmenseigenschaft unvereinbar sein, weil diese ein gewisses Maß an Gewinnstreben voraussetze.

IV. Grundsätzliche Kritik der Literatur und Gang der Darstellung

Die Bestimmung des Unternehmensbegriffs ist ein Auslegungsproblem. Das macht eine Verwendung rechtswissenschaftlicher Auslegungsmethoden erforderlich. Insbesondere sind die Grenzen zu umreißen, die der Wortlaut setzt²⁾, bevor untersucht werden kann, welche der vom Wortlaut her möglichen Ausdeutungen nach Normzweck und Interessenlage in Betracht kommen könnte. Der überwiegenden Literatur zum aktienrechtlichen Unternehmensbegriff muß der Vorwurf gemacht werden, dieses nicht genügend beachtet zu haben. Vielfach bleibt offen, ob eine Wirtschaftseinheit schon begrifflich vorhanden sein muß, oder ob sich diese Voraussetzung erst aus der Funktion des Unternehmensbegriffs in der Rechtsnorm ergibt. Bei der Frage der Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand, bleibt unklar, ob für die grundsätzliche Ver-

1) Hier nähert sich die h.M. einer funktionalen Auffassung des Unternehmens.

2) Larenz, Methodenlehre S. 243.

neinung der Unternehmenseigenschaft eine unterschiedliche Interessenlage ausschlaggebend war, oder ob schon die Wortinterpretation zu diesem Ergebnis geführt hat. Ähnliches gilt für die Beurteilung der freien Berufe als Unternehmen.

Die nachfolgende Begriffsbestimmung geht vom Wortsinn aus. Überblicksmäßig wird an Hand von bisher getroffenen Definitionen die Schwankungsbreite des Begriffs ausgezeigt und die Frage eines einheitlichen Unternehmensbegriffs erörtert. Im Mittelpunkt wird die Frage stehen, ob bestimmte Merkmale, wie eine Wirtschaftseinheit oder die Gewinnabsicht, notwendig im Unternehmensbegriff enthalten sind, und ob ihr Fehlen die Unternehmenseigenschaft schon begrifflich ausschließt. Im zweiten Teil wird die Entstehungsgeschichte für die Auslegung herangezogen. Hier gilt das Interesse in erster Linie der Frage, warum es zur Verwendung des so unbestimmten Unternehmensbegriffs gekommen ist, welche Gründe dafür maßgebend waren, die Aktionäre in zwei Kategorien einzu-teilen: in Unternehmensaktionäre und sonstige Aktionäre. Im dritten Teil schließlich soll der Unternehmensbegriff nach Normzweck und Interessenlage endgültig bestimmt werden. Das Untersuchungsziel ist eine Definition für den in § 20 AktG verwendeten Begriff "Unternehmen."

ERSTER TEIL:

Die Bestimmung des Unternehmensbegriffs nach dem Wortsinn

I. Der wirtschaftswissenschaftliche Unternehmensbegriff als Ausgangspunkt für den rechtswissenschaftlichen Unternehmensbegriff

Der Begriff des Unternehmens ist zunächst von der Wirtschaftswissenschaft entwickelt worden und erst mit Beginn des 20. Jahrhunderts von der Rechtswissenschaft übernommen worden.¹⁾ Der wirtschaftswissenschaftliche Unternehmensbegriff ist ein institutioneller Begriff i.S. der oben dargestellten Unterscheidung. Das wesentliche gemeinsame Merkmal aller wirtschaftswissenschaftlichen Begriffsbestimmungen - mögen diese auch im einzelnen sehr verschiedenartig sein - ist das Vorhandensein einer äußeren Wirtschaftseinheit.

"Unternehmung ist das organisatorische Gebilde, in dem sich ein einheitlicher Unternehmerwille bekundet".²⁾³⁾ "Die Vereinigung der Wirtschaftsfaktoren zu einer Einheit in wirtschaftlicher Hinsicht (d.h. unter dem Gesichtspunkt des Kosten- und Ertragsvergleichs)" wird mit dem Begriff Unter-

1) Brecher, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand S. 8; Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, S. 121; Gieseke, Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, in: Festschrift Ernst Heymann, Teil II, S. 119; v. Gierke, Das Handelsunternehmen, in: ZHR 111 S. 1.

2) Weber, Allgem. Volkswirtschaftslehre, S. 228.

3) Die Begriffe Unternehmen und Unternehmung werden im Schrifttum synonym verwendet. Unterscheidungsversuche (vgl. Oppikofer, Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, S. 8 Fn. 4, m.w.N.) haben sich nicht durchgesetzt, siehe auch v. Gierke ZHR 111, S. 5.

nehmung bezeichnet.¹⁾ Gandenberger, der sich eingehend mit dem wirtschaftswissenschaftlichen Unternehmensbegriff befaßt hat, kommt zusammenfassend zu folgendem Ergebnis²⁾: "Unter einem Unternehmen wird in der Wirtschaftswissenschaft eine ökonomische Einheit verstanden, die Waren oder Leistungen für einen Markt produziert und dabei im Rahmen der gegebenen gesetzlichen Bindungen selbständig plant und entscheidet. Die Art der produzierten Leistung sowie die Frage der rechtlichen Selbständigkeit spielen für die ökonomische Definition keine Rolle." Diese Definition soll zugrundegelegt werden, wenn im folgenden vom wirtschaftswissenschaftlichen Unternehmen die Rede ist. Zur Vermeidung von Tautologien wird das wirtschaftswissenschaftliche Unternehmen mit dem Begriff Unternehmung umschrieben.

Die Übernahme des wirtschaftswissenschaftlichen Begriffs durch die Rechtswissenschaft kann im Rahmen des Auslegungsproblems in zweifacher Hinsicht von Bedeutung sein: Es könnte einmal erforderlich sein, die Auslegungsmethode zu modifizieren, und es könnte zweitens das Auslegungsergebnis in gewisser Beziehung von vornherein festgelegt sein, wenn nämlich irgendeine Bindung an die wirtschaftswissenschaftliche Bedeutung bestünde.

-
- 1) Carell, Allgem. Volkswirtschaftslehre, S. 92; ähnl. v. Stackelberg, Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, S. 31 und 320; ein Beispiel für eine ältere Definition ist die von Schmoller, Die geschichtliche Entwicklung der Unternehmung (Jahrbuch der Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, Bd. 14 v. 1890, S. 736): "...zusammengeordnetes System von Arbeitskräften und Produktionsmitteln, welches innerhalb der Gesamtaufgaben volkswirtschaftlicher Produktion eine gesonderte Aufgabe selbständig übernommen hat...". Vgl. auch Schmollers Grundriß der allgem. Volkswirtschaftslehre 1. Teil S. 460.
- 2) Gandenberger, Was ist ein Unternehmen? S. 34.

1. Der Einfluß der Übernahme des Begriffs auf die Auslegungsmethode

Jeder Wissenschaftszweig hat seine eigenen Methoden Probleme zu klären und Erkenntnisse zu gewinnen. Wirtschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft sind nach Gegenstand und Methode verschieden.¹⁾ Das schließt nicht aus, daß beide eng zusammenhängen: vielen Rechtsnormen liegen wirtschaftliche Erscheinungen zugrunde; das Recht greift ordnend in das Wirtschaftsleben ein. Die rechtliche Regelung weiterer Bereiche des Wirtschaftslebens führt notwendig zur Verwendung wirtschaftlicher Termini in den Tatbeständen der Gesetze. Es ist ein, besonders in jüngster Zeit, stark diskutiertes Thema, wie das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft zu sehen ist.²⁾ Speziell in diesem Zusammenhang interessiert die Frage, welchen Einfluß die Verwendung eines den Wirtschaftswissenschaften entnommenen Begriffs in einer Rechtsnorm hat, die einen Sachverhalt überwiegend wirtschaftlicher Natur regelt. Wird die juristische Auslegungsmethode modifiziert, finden wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnismethoden Berücksichtigung? Mestmäcker hat diese Frage speziell für das Aktienrecht untersucht und "die parallele Anwendung der Erkenntnismethoden beider Wissenschaften zur Lösung einheitlicher Sachfragen" empfohlen.³⁾ Die Notwendigkeit dafür ergibt sich für ihn aus

-
- 1) Coing, Wirtschaftswissenschaften und Rechtswissenschaften, in: Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, S. 1; vgl. auch die dort abgedruckten Diskussionsbeiträge von Schneider und Raiser, S. 214 und 219.
 - 2) Vgl. dazu die Verhandlungen des Vereins für Socialpolitik Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in Würzburg 1963 unter dem Thema: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik.
 - 3) Mestmäcker, Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft im Aktienrecht, in: Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft usw. S. 103 ff., 105.

der "Interdependenz von Rechts- und Wirtschaftsordnung"¹⁾. Diese bewirke, daß Funktion und Wirkung aktienrechtlicher Normen ohne die Heranziehung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnismethoden nicht zureichend erfaßt werden könnten. Das gleiche gelte für die Explikation der in juristischen Entscheidungen eingehenden Werturteile über wirtschaftswissenschaftliche Sachverhalte.²⁾

Dieser These Mestmäckers ist Rinck³⁾ mit dem Hinweis auf die "Autonomie der juristischen Methode" entgegengetreten. Die juristische Auslegung muß nach seiner Ansicht zwar das wirtschaftswissenschaftliche Verständnis zum Ausgang nehmen, dann aber nach eigener Methode fortfahren. "Der Jurist beginnt seine Erkenntnissuche vom eigenen Standpunkt und mit seinen eigenen Mitteln"⁴⁾. Das schließt aber nach Ansicht Rincks nicht aus, daß der Jurist im Einzelfall an wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse gebunden ist.

Der von Rinck betonte "Vorrang der juristischen Auslegung" entspricht der herrschenden Methodenlehre, wie auch Mestmäcker zugibt.⁵⁾ Gleichwohl ist in Mestmäckers Thesen kein wesentlicher Gegensatz zur herrschenden Methodenlehre zu sehen.⁶⁾ Sein Vorwurf gegen die Interessenjurisprudenz, die Wirtschaftswissenschaft lediglich als Hilfswissenschaft in Anspruch zu nehmen und im übrigen nach autonomer juristischer Methode vorzugehen, während eine parallele⁷⁾ Anwendung

1) a.a.O. S. 103.

2) a.a.O. S. 104.

3) Rinck, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen, in: Festschrift "Recht im Wandel" S. 371.

4) Rinck a.a.O. S. 367.

5) Vgl. Mestmäcker a.a.O. S. 103: "Die These, daß die Rechtswissenschaft der Wirtschaftswissenschaft bedürfe, um ihre eigenen, aktienrechtlichen Probleme zu lösen, findet in den privatrechtlichen Methodenlehren keine unmittelbare Stütze."

6) So wohl auch Jahr, Funktionsanalyse von Rechtsfiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft, in: Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft usw. S. 15 und 17.

7) Jahr a.a.O. S. 15 möchte, auf Mestmäcker eingehend, weniger von einer "parallelen", als von einer "kumulativen" Anwendung von Methoden sprechen.

beider Wissenschaften erforderlich sei, weist zwar auf theoretische Abweichungen von der h.M. hin. In der Sache werden in den meisten Fällen jedoch keine Unterschiede bestehen. Auch die moderne "Wertjurisprudenz"¹⁾ muß wirtschaftliche Fakten und Zusammenhänge nach wirtschaftswissenschaftlichen Methoden untersuchen und würdigen, um "die gesetzliche Interessenbewertung und die konkretisierte Gerechtigkeitsvorstellung, die diese Bewertung und die Rechtsfolgeanordnung rechtfertigt"²⁾ zu ermitteln. Es besteht daher kein reales Bedürfnis, von den üblichen Auslegungsmethoden abzugehen. Die Tatsache, daß ein den Wirtschaftswissenschaften entnommener Begriff in einer wirtschaftsrechtlichen Norm auszu-legen ist, ändert also nichts an der Autonomie der juristischen Methode; sie macht aber möglicherweise eine verstärkte Beachtung wirtschaftlicher Gegebenheiten bei der Analyse der der Rechtsnorm zugrundeliegenden Interessenkonflikte erforderlich.

2. Das Problem der Bindung an den Kern des vorrechtswissenschaftlichen Begriffs

Die zweite Frage, die sich in diesem Zusammenhang ergibt, kann von großer Bedeutung für das Ergebnis der Auslegung sein. Sie lautet: Inwieweit ist bei der juristischen Auslegung eines Gesetzesbegriffs, der von einer außerjuristischen Wissenschaft übernommen worden ist, die außerjuristische Bedeutung zu berücksichtigen?

1) Das ist die Bezeichnung von Westermann, Das Verhältnis zwischen Bergbau und öffentlichen Verkehrsanstalten als Gegenstand richterlicher und gesetzgeberischer Bewertung, S. 24 Fn. 31 für die aus der Interessenjurisprudenz entwickelte Methode. Larenz, Methodenlehre S. 123 ff., spricht von "Wertungsjurisprudenz".

2) Vgl. Westermann aa.O. S. 27.

Raisch¹⁾ begründet den von ihm vertretenen institutionellen Unternehmensbegriff u.a. mit der Erwägung, daß bei übernommenen Begriffen wenigstens der Kern ihrer ursprünglichen Bedeutung aufrechtzuerhalten sei. Wäre das richtig, so würde der Spielraum für die weitere Auslegung wesentlich eingeengt sein. Da das Vorhandensein einer Wirtschaftseinheit, wie schon ausgeführt wurde, Kern aller wirtschaftswissenschaftlichen Begriffe ist, müßten von vornherein Lösungen ausscheiden, die das Vorhandensein einer Institution für nicht wesentlich erachten. Ein rein funktionaler Unternehmensbegriff käme nicht in Betracht.

In der Literatur besteht Einigkeit darin, daß vorjuristische Begriffe, die in Rechtsnormen Verwendung finden, umgeformt werden; dabei hängt das Ergebnis der Umformung von dem Zweck der Norm ab, in der der Begriff verwendet wird²⁾. So ist man sich weitgehend darüber im klaren, daß der Unternehmensbegriff in einer Rechtsnorm i.d.R. eine andere Bedeutung hat, als in der Wirtschaftswissenschaft.³⁾ Die Ursache dafür liegt in der unterschiedlichen Begriffsbildung der verschiedenen Wissenschaften⁴⁾. Die Wirtschaftswissenschaft versucht, wirt-

1) Raisch, JZ 1966, S. 555, Fn. 103. Die Berufung auf Rinck ist in diesem Fall allerdings ungenau, weil Rinck gerade beim Unternehmensbegriff jede Bindung ablehnt.

2) Vgl. z.B. Radbruch, Rechtsphilosophie S. 220: "teleologische Umformung"; Dahm, Deutsches Recht S. 59; Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, in: AöR Bd. 82 (1957), S. 179; Larenz, Methodenlehre S. 324; Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 60: "Sie enden gleichsam in einer teleologischen Sphäre".

3) v. Gierke a.a.O. S. 5; Rittner, Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, S. 9; Ganderberger S.25.

4) Dazu: Brecher S. 8; v. Gierke a.a.O.; Ganderberger a.a.O.; Rinck S. 368.

schaftliche Erscheinungen zu erfassen und nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten darzustellen. Die Rechtswissenschaft stellt Sollensgesetze auf; sie versucht mit ihren Begriffen nicht nur das Typische zu erfassen, wie es in der Wirtschaftswissenschaft üblich und ausreichend ist, sondern i.d.R. auch noch Grenzfälle. Während die Wirtschaftswissenschaft den Unternehmensbegriff benutzt, um damit ein bestimmtes Phänomen des Wirtschaftslebens zu bezeichnen, ist der rechtswissenschaftliche Begriff unmittelbar rechtlich relevant. So soll z.B. in § 20 AktG der Unternehmensbegriff eine bestimmte Kategorie von Aktionären erfassen, denen eine andere Rechtsstellung zugewiesen wird, als sonstigen Aktionären.

Die Frage ist, wieweit die "teleologische Umformung" geht, und ob sie im Einzelfall soweit gehen kann, daß die ursprüngliche Bedeutung bis auf Null reduziert wird. Rinck¹⁾ hat diese Fragen speziell für das Verhältnis Wirtschaftswissenschaft/Rechtswissenschaft untersucht und dabei drei Begriffsgruppen unterschieden. Beim Gebrauch rein wirtschaftlicher Fachausdrücke wie z.B. "Akzeptkredite"²⁾ besteht eine starre Bindung an den wirtschaftswissenschaftlichen Begriff³⁾. Bei einer zweiten Gruppe - sie ist zahlenmäßig mit Abstand die umfangreichste - besteht eine "halbstarre Bindung"⁴⁾. Der Jurist ist an das wirtschaftswissenschaftliche Leitbild gebunden, der Kern des wirtschaftswissenschaftlichen Begriffs bleibt erhalten. Beispiele sind die Termini "Wettbewerb"⁵⁾ und "marktgerechte Maßnahmen"⁶⁾.

1) Rinck, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen, in: Festschrift "Recht im Wandel" S. 361 ff.

2) § 1 Abs. 1 Nr. 2 Kreditwesengesetz

3) Rinck a.a.O. S. 370.

4) Rinck a.a.O. S. 371.

5) Vgl. §§ 1, 22 Abs. 1 u. Abs. 2 GWB.

6) Vgl. §§ 2 Abs. 1 Nr. 2 und 14 Abs. 1 des Wirtschaftssicherstellungsgesetzes, §§ 2 Abs. 1, Nr. 2 und 3 Abs. 1 des Ernährungssicherstellungsgesetzes (beide vom 24.8.1965; BGBl. I, S. 920 u. 938)

Die dritte Gruppe¹⁾ umfaßt Begriffe, die zwar theoretisch wirtschaftswissenschaftliche sind, die jedoch so vieldeutig sind, daß sie mehreren Wissenschaftssprachen angehören oder sogar dem allgemeinen Sprachgebrauch. Hierzu gehören nach Rinck z.B. die Begriffe "Geld²⁾", "Betriebsmittel" und "Rücklagen"³⁾. Derartige Begriffe sollen ihren Charakter als wirtschaftswissenschaftliche Termini verloren haben und infolgedessen ohne Rücksicht auf die Wirtschaftswissenschaft auszulegen sein. Zu dieser letzten Gruppe zählt nach Rinck auch der Begriff "Unternehmen".

Diesem Ergebnis kann ohne Bedenken gefolgt werden. Der Unternehmensbegriff ist Gemeingut geworden. Neben den Wirtschaftswissenschaften und der Rechtswissenschaft verwenden ihn auch die Soziologie, die politische Wissenschaft und die Geschichtswissenschaft. Wenn auch der wirtschaftswissenschaftliche Begriff im wesentlichen das Leitbild geblieben ist, so ist doch nicht zu verkennen, daß vielfach ein Bedeutungswandel eingetreten ist, dessen Ergebnis ein Begriff ist, der mit dem Ursprünglichen kaum noch etwas zu tun hat⁴⁾.

Zusammenfassend kann gesagt werden: Der ursprünglich rein wirtschaftswissenschaftliche Unternehmensbegriff hat in andere Wissenschaftsbereiche Eingang gefunden und dort jeweils eine veränderte Bedeutung erhalten. Das hat zur Folge, daß die wirtschaftswissenschaftliche Bedeutung bei dem hier anstehenden Auslegungsproblem weitgehend unberücksichtigt

1) Rinck a.a.O. S. 373.

2) §§ 244 und 251 BGB.

3) Vgl. dazu die Nachweise bei Rinck a.a.O.

4) Das Bundeskartellamt bezeichnete in einem Beschluß (WuW/E, BKartA 357) Berufsboxer als Unternehmen i.S. des GWB.

bleiben kann.¹⁾

II. Der Unternehmensbegriff in der Rechtswissenschaft

Es gibt kaum einen Begriff, der die Rechtswissenschaft so sehr beschäftigt, wie der Unternehmensbegriff. Es ist "ein Unternehmen, sich von neuem über den Unternehmensbegriff zu äußern"; - diese resignierende Bemerkung eines Juristen²⁾ aus dem Jahre 1931 hat nach fast 40 Jahren nichts an Aktualität eingebüßt - im Gegenteil! Das Unternehmen steht nach wie vor im Mittelpunkt juristischer Betrachtungen³⁾. Die Literatur zum Unternehmensbegriff hat ungeheure Ausmaße erreicht. Es kann deswegen, auch im Interesse der Klarheit dieser Untersuchung, nur ein kurzer Überblick über Arten und Aspekte rechtswissenschaftlicher Unternehmensbegriffe gegeben werden.

1. Gesichtspunkte, unter denen definiert wurde

Man hatte schon früh erkannt, daß es neben Sachen und Rechten weitere Erscheinungen gab, die vom Gesetz wie Rechtsobjekte behandelt wurden. So gab es handelsrechtliche Vorschriften über die Übertragung eines Handelsgeschäfts⁴⁾, welches offensichtlich weder eine Sache noch ein Recht war. Dies regte die Diskussion an über das Unternehmen als Verkehrs- und Rechtsobjekt⁵⁾. Man untersuchte die "Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze über Rechtsobjekte und Sachen auf das Unternehmen⁶⁾".

-
- 1) Das schließt selbstverständlich nicht aus, daß die juristische Auslegung einen Begriff zum Ergebnis haben kann, der alle wesentlichen Merkmale des wirtschaftswissenschaftlichen beinhaltet.
 - 2) Vgl. Jessen, Unternehmen und Unternehmensrecht, in: ZHR 96 (1931), S. 37.
 - 3) Die 1967 Heinrich Kronstein gewidmete Festschrift trägt den Titel: "Das Unternehmen in der Rechtsordnung".
 - 4) Vgl. Art. 22 ff. ADHGB und §§ 22 ff. HGB.
 - 5) Dazu: Friedlaender, Konzernrecht S. 32.
 - 6) Vgl. Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, S. 46 ff.

Das Recht am Unternehmen¹⁾ wurde ebenso erörtert wie die Frage eines Unternehmensschutzes²⁾. Daneben wurde versucht, den Unternehmensbegriff fruchtbar zu machen für eine Abgrenzung des Handelsrechts vom bürgerlichen Recht³⁾; der Unternehmensbegriff sollte die Zentralfigur des Handelsrechts sein, durch ihn sollte der Adressatenkreis handelsrechtlicher Sondervorschriften gekennzeichnet werden.⁴⁾

2. Verschiedene Aspekte rechtswissenschaftlicher Unternehmensbegriffe

Ältere Definitionen hoben die objektiv, gegenständliche Seite hervor. Danach war ein Unternehmen " ein zweckmäßig organisierter Inbegriff von Personen und wirtschaftlichen Gütern, eine Vereinigung verschiedener produktiver Kräfte".⁵⁾ Diese Begriffsbestimmungen wiesen kaum Abweichungen vom wirtschaftswissenschaftlichen Unternehmensbegriff auf⁶⁾, der sich ja auch objektiv bestimmte als Organisation von Produktionsmitteln⁷⁾.

1) Dazu: Isay, Das Recht am Unternehmen a.a.O.

2) Gieseke, Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens a.a.O. S. 112 ff.; Schlegelberger-Hildebrandt, Handelsgesetzbuch § 22, Anm. 3.

3) Wieland, Handelsrecht Bd. I, S. 144 ff.; neuerdings: Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, a.a.O.

4) Raisch a.a.O. S. 34 ff.

5) Isay, S. 41; ähnlich Pisko, S. 19: "Eine den Erfolg der Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation der Produktionsmittel ..."; vgl. auch Oppikofer, Das Unternehmensrecht, S. 3 u.7 und Jacobi, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, in: Festschrift für Ehrenberg, S. 20: "Die Vereinigung von persönlichen, sachlichen und immateriellen Mitteln...".

6) Das kritisiert J.v. Gierke, ZHR 111, S. 3.

7) Vgl. oben S. 12.

Andere Schriftsteller sahen als kennzeichnend und entscheidend das subjektive Merkmal der Unternehmenstätigkeiten an und vertraten einen Tätigkeitsbegriff ¹⁾. Danach war das Unternehmen der "Tätigkeitsinbegriff des Inhabers" ²⁾, ein "einheitlicher Komplex von auf die Dauer berechneter wirtschaftlicher Tätigkeit" ³⁾, der "Einsatz wirtschaftlicher Kräfte zur Erzielung einer ungemessenen Vermögensvermehrung" ⁴⁾.

Teilweise wurde das Unternehmen sowohl als Tätigkeitsbegriff wie auch als organisatorisches Gebilde verstanden. ⁵⁾

Fechner ⁶⁾ versuchte bei seiner Definition den personenrechtlichen Aspekt hervorzuheben und formulierte: "Das Unternehmen ist die sozialrechtliche Einheit eines Personenverbandes, der mit Hilfe von sachlichen und immateriellen Erzeugungsmitteln unter dem Gesichtspunkt der Kostendeckung oder Gewinnerzielung der produktiven Bereitstellung von Gütern und Leistungen im Rahmen der volkswirtschaftlichen Gesamtplanung zu dienen bestimmt ist."

1) So schon 1910 Martin Wolff, über einige Grundbegriffe des Handelsrechts, in: Festgabe für Otto v. Gierke, S. 120.

2) Gieseke a.a.O. S. 124.

3) Passow, Betrieb, Unternehmung, Konzern, S. 2 zum Betrieb, der nach seiner Ansicht weitgehend mit der Unternehmung identisch ist, vgl. S. 41 ff; ähnlich wie Passow auch Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. II, 1. Abt., S. 2.

4) Wieland, S. 145.

5) Jessen ZHR 96, S. 46; Schönfeld, Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts, in: Reichsgerichtspraxis, Bd. II, S. 191 ff.; Gieseke, Der Rechtsbegriff des Unternehmens und seine Folgen, in: Deutsche Landesreferate 1950, S. 609: "Das Unternehmen erscheint im bürgerlichen und Handelsrecht sowohl als Unternehmenstätigkeit (auch Unternehmen im subjektiven Sinne genannt) wie als organisatorisches Gebilde (Unternehmen im objektiven Sinne). Beide Seiten bedingen sich gegenseitig," Rittner a.a.O. S. 17 spricht vom "Sinngehalt des Unternehmens als Objekt und Tätigkeit".

6) Fechner, Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft, S. 16, und: Die Treubindungen des Aktionärs, S. 62 ff. Fechner ist stark kritisiert worden; vgl. insbesondere J.v. Gierke in ZHR 110 (1944), S. 140 und Rittner, Unternehmen usw. S. 16, Fn. 44.

Diese verschiedenen Aspekte rechtswissenschaftlicher Unternehmensbegriffe kombinierte J.v. Gierke¹⁾ um einen einheitlichen Unternehmensbegriff zu finden, der für alle rechtlichen Zwecke brauchbar sein sollte²⁾. Nach v. Gierke³⁾ ist das Unternehmen ein "Inbegriff von Tätigkeiten, die eine Wirtschaftseinheit bilden". Diese Wirtschaftseinheit hat drei selbständige Ausstrahlungen:⁴⁾

1. Die Betriebstätigkeit als die subjektive Seite des Unternehmens.
2. Der durch die Betriebstätigkeit geschaffene Tätigkeitsbereich mit den ihm zugehörigen Sachen und Rechten, die ihm eingefügt sind oder die seine Grundlage bilden, einschließlich der Verbindlichkeiten, also das Unternehmen im objektiven Sinne.
3. Die personenrechtliche Betriebsgemeinschaft, der Betriebsverband zwischen Unternehmer und Arbeitnehmern⁵⁾.

1) ZHR 111 (1948), S. 1 ff.

2) Daß es einen solchen Begriff geben könnte, hielt Gieseke für ausgeschlossen; er bezeichnete es sogar als Hauptzweck seiner Untersuchung, zu zeigen, daß es überhaupt unrichtig ist, eine Begriffsbestimmung des Unternehmens vorzunehmen. Vgl. Gieseke, Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, S. 118.

3) a.a.O. S. 6.

4) Vgl. a.a.O. S. 6 ff.

5) Ähnlich die Studienkommission des Deutschen Juristentages zum Thema "Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts" in ihrem Ausschlußbericht (erstattet von Ballerstedt) auf S. 18:

"In einem systematisch umfassend ausgebildeten Unternehmensbegriff müssen die folgenden drei Seiten Berücksichtigung finden:

1. Das Unternehmen als Inbegriff der Tätigkeit des Unternehmers;

2. das Unternehmen als Zusammenfassung der sachlichen und personellen Mittel, die einem bestimmten Zweck dauernd gewidmet sind;

3. das Unternehmen als die personale Gemeinschaft der im Dienste des Unternehmenszwecks miteinander arbeitenden Menschen."

3. Zusammenfassung und Darlegung des weiteren Vorgehens

Der kurze Überblick hat gezeigt, wie komplex und vielschichtig der rechtswissenschaftliche Unternehmensbegriff ist, sofern man überhaupt von dem rechtswissenschaftlichen Begriff sprechen kann¹⁾. Es wäre für das Untersuchungsziel fruchtlos, die im einzelnen vertretenen Begriffe auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Wahrscheinlich würde man keine Definition als unrichtig bezeichnen können. Der Unternehmensbegriff wird in zahlreichen Gesetzen verwendet²⁾, und hat jeweils nach der Zweckbestimmung der Norm, in deren Tatbestand er erscheint, einen anderen Sinn. Die verschiedenen Aspekte des Unternehmensbegriffs werden unterschiedlich hervorgehoben³⁾, je nach dem welche Funktion der Begriff zu erfüllen hat. Deswegen wird auch die Bestimmung des in § 20 AktG verwendeten Unternehmensbegriffs entscheidend vom Ergebnis der teleologischen Auslegung abhängen. Im Rahmen der Wortinterpretation kommt es hauptsächlich auf die Beantwortung der Frage an, inwieweit bestimmte Aspekte und Merkmale vorhanden sein müssen, damit man noch von einem Unternehmen sprechen kann. Ist es begrifflich möglich, einen reinen Tätigkeitsbegriff zu vertreten⁴⁾, oder muß noch ein gewisser objektiver Niederschlag der Tätigkeit hinzukommen?⁵⁾ Für die Frage der Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand ist es wichtig zu erfahren, ob die Verfolgung öffentlicher Zwecke oder das Fehlen von Gewinnabsicht die Unternehmenseigenschaft ausschließen⁶⁾. Ferner ist zu beleuchten das Verhältnis der Begriffe

1) Das bestreitet in erster Linie Gieseke a.a.O.

2) Vgl. z.B. § 2 UStG, § 17 GewO, § 16 UWG, § 46 BetrVG, § 1 GWB.

3) Im Umsatzsteuerrecht z.B. kommt es in erster Linie auf die Tätigkeit an; vgl. § 2, Abs. 1 UStG, wonach das Unternehmen die gesamte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmens umfaßt, d.h. jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen. Dagegen wird etwa in § 17 GewO die objektive Seite im Vordergrund stehen; dort ist Unternehmen nur ein anderer Ausdruck für die genehmigungspflichtige Anlage.

4) So z.B. Möhring NJW 1967, S. 1.

5) Das verlangt ausdrücklich Reisch JZ 1966, S. 555.

6) Vgl. Wassmuth, Der Städtetag 1967, S. 45.

"Kaufmann" und "freier Beruf" zum Begriff des Unternehmens.

III. Das Vorhandensein einer äußeren Wirtschaftseinheit als wesentliches Merkmal des Unternehmensbegriffs

Für die Frage der Unternehmenseigenschaft von Privatpersonen kommt es entscheidend darauf an, ob das Vorhandensein einer äußeren Wirtschaftseinheit oder eines sonstigen objektiven Niederschlags der Unternehmenstätigkeit für den Begriff des Unternehmens wesentlich ist. Weder die Lehre vom institutionellen Unternehmensbegriff noch die Anhänger der funktionalen Auffassung stellen Untersuchungen in dieser Richtung an. Man geht wie selbstverständlich davon aus, daß ein rein subjektiver (Tätigkeits-)Begriff möglich bzw. nicht möglich ist. Lediglich Raisch¹⁾ sieht die Problemstellung in aller Schärfe und fragt, ob man von einem Unternehmen schon dann sprechen könne, wenn im Einzelfall nur das subjektive Moment²⁾, nämlich unternehmerisches Handeln, gegeben sei, im übrigen aber jede Ausprägung der gegenständlichen Seite fehle. Dies verneint er mit der Begründung, im Handelsrecht sei das Vorhandensein einer äußeren sinnfälligen Veranstaltung für die Annahme eines Unternehmens unverzichtbar. Das typische Unternehmen ist nach Raisch durch eine organisierte Wirtschaftseinheit gekennzeichnet, doch soll, wie er meint,³⁾ im Extremfall das Vorhandensein einer Schreibmaschine ausreichen. Ein solches "Mindestmaß einer äußeren Veranstaltung" soll zum gemeinsamen Kernbereich aller Unternehmensdefinitionen im Handels- und Wirtschaftsrecht gehören. Diese Ansicht Raischs scheint mir schon in ihrem Ausgangspunkt nicht richtig zu sein. Selbst wenn man ihm darin folgen würde, daß der Unternehmensbegriff des Handelsrechts als notwendiges Merkmal

1) Raisch JZ 1966, S. 555.

2) Hier bezieht er sich auf den Unternehmensbegriff von Julius v. Gierke.

3) Raisch a.a.O.

eine Institution voraussetzt¹⁾, wäre damit noch nichts gegen eine funktionale Deutung des hier zu bestimmenden aktienrechtlichen Unternehmensbegriffs gesagt. Das HGB und das AktG weisen vom Kodifikationszeitpunkt und Regelungsgegenstand her zu große Unterschiede auf, als daß man von einer (auch nur minimalen) Identität der in beiden Gesetzen enthaltenen Unternehmensbegriffe ausgehen dürfte²⁾. Unrichtig ist ferner die Behauptung, ein solches Mindestmaß einer äußeren Veranstaltung sei allen Unternehmensdefinitionen im Wirtschaftsrecht gemeinsam³⁾. Rechtsprechung und Literatur zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, wo das Unternehmen genau so ein zentraler Begriff ist, wie im Konzernrecht des Aktiengesetzes, widerlegen eindeutig diese These. Dort wird das Unternehmen als Tätigkeitsbegriff verstanden;⁴⁾ von ihm werden erfaßt alle

-
- 1) Die von ihm gegebene Begründung ist nicht unbedingt zwingend, vgl. JZ 1966, S. 555 und Voraussetzungen usw. S. 184: "Schon das Reichsoberhandelsgericht hat das Erfordernis aufgestellt, daß eine Person, um Kaufmann zu sein, sich als Gewerbetreibender öffentlich kundgegeben haben muß. ... Das RG folgt in einer frühen Entscheidung der Auffassung des Reichsoberhandelsgerichts. Dieser Entscheidung lag der Fall eines Landwirts zugrunde, der einige Monate mit Wertpapieren spekuliert hatte. Das RG hielt es für unmöglich, hieraus die Kaufmannseigenschaft zu folgern." Fraglich ist, ob die "öffentliche Kundgabe" i.S. einer Institution verstanden werden kann. Ferner geht Raisch ohne weiteres von einer Identität der Begriffe "Kaufmann" und "Unternehmen" aus.
 - 2) Zwar war das Aktienrecht bis zum Inkrafttreten des Aktiengesetzes 1937 im dritten und vierten Abschnitt des zweiten Buches des HGB geregelt. Jedoch bestanden schon immer wesensmäßige Unterschiede zwischen Gesellschaftsrecht und dem allgemeinen Handelsrecht, dem Recht der Kaufleute. Dies gilt erst recht für das Verhältnis des allgemeinen Handelsrechts zum 1965 von Grund auf neu konzipierten Konzernrecht, welches in unmittelbarem Zusammenhang zur hier untersuchten Vorschrift steht. Es besteht keinerlei gedankliche Beziehung zwischen dem Handelsunternehmen in § 2 HGB und den "verbundenen Unternehmen" des AktG.
 - 3) Raisch, JZ 1966, S. 555.
 - 4) i.S. des ersten Aspekts bei J.v.Gierkes Definition, ZHR 111, S. 6: "Die Betriebstätigkeit, als die subjektive Seite des Unternehmens."

natürlichen und juristischen Personen sowie nicht rechtsfähige Personenvereinigungen, die aktiv und selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmen¹⁾. Es handelt sich um einen funktionalen Unternehmensbegriff i.S. der Unterscheidung Köhlers.²⁾ Entscheidend ist die "selbständige Teilnahme am Markt mit Ausnahme des Einkaufs zu Konsumzwecken"³⁾. Das Vorhandensein einer äußeren Veranstaltung (oder Wirtschaftseinheit) ist nicht begriffsbildendes Merkmal. So sind als Unternehmen bezeichnet worden die AOK⁴⁾, vereidigte Buchprüfer⁵⁾, Berufsboxer⁶⁾ und ein kirchlicher Verband (Provinzialsynodalverband der Evangelischen Kirche)⁷⁾. Als entscheidend wurde in diesen Fällen angesehen ein Verhalten, eine Tätigkeit; das Vorhandensein einer Institution war unerheblich und offensichtlich nicht erforderlich⁸⁾.

-
- 1) Vgl. z.B. Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar § 1 Anm. 2; Tetzner, Kartellrecht, S. 9.
 - 2) Siehe dazu oben S. 9.
 - 3) So die Definition Gantenbergers, a.a.O. S. 121.
 - 4) BGH, WuW/E BGH 442.
 - 5) Kammergericht, WuW/E OLG, 322.
 - 6) Bundeskartellamt, WuW/E BKartA 357.
 - 7) BGH, WuW/E BGH 127. Dieser Fall wurde noch nach dem alliierten Dekartellierungsrecht entschieden, was jedoch ohne Einfluß auf die Verwendbarkeit in diesem Zusammenhang ist.
 - 8) Auch sonst kennen wir reine Tätigkeitsbegriffe. Nach § 2 UStG ist "Unternehmer, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt. Das Unternehmen umfaßt die gesamte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmers." Der Charakter der Tätigkeit als gewerbliche bedeutet nicht, daß der Unternehmer einen Gewerbebetrieb haben muß; vgl. Plückebaum-Malitzky, Umsatzsteuergesetz, Bd. I, Anm. 71.

Somit kann festgestellt werden, daß zum Unternehmensbegriff nicht notwendig das Vorhandensein einer äußeren Wirtschaftseinheit gehört. Vom Wortlaut her ist ein funktionaler Begriff vertretbar. Eine Privatperson kann also begrifflich Unternehmen sein.

IV. Die begriffliche Einordnung der öffentlichen Hand als Unternehmen

Die öffentliche Hand - dies gilt insbesondere für die Gebietskörperschaften Bund, Länder und Gemeinden - ist in erheblichem Umfang an Aktiengesellschaften beteiligt. Muß auch sie ihre gegenwärtigen und zukünftigen Beteiligungen, die sich auf mehr als 25 bzw. 50% des Grundkapitals belaufen, der Gesellschaft mitteilen? Das hängt zunächst davon ab, ob die juristischen Personen des öffentlichen Rechts vom Wortsinn her Unternehmen sein können.

Ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts Großaktionär¹⁾, so ergibt sich hinsichtlich ihrer Unternehmenseigenschaft zunächst das gleiche Problem, wie bei den Personen des Privatrechts: Können Aktionäre, ohne über eine Wirtschaftseinheit zu verfügen, Unternehmen sein? Es ist kein Grund ersichtlich, hier anders zu entscheiden als bei den Privatpersonen²⁾. Die öffentlich rechtliche Natur der in Frage stehenden Personen ist für das Abgrenzungsproblem institutioneller oder funktionaler Unternehmensbegriff ohne

1) Mit "Großaktionär" wird im Folgenden der Aktionär bezeichnet, dem mehr als der vierte Teil der Aktien einer Aktiengesellschaft gehören.

2) Siehe dazu oben S. 25 ff.

Bedeutung¹⁾. Von daher ergeben sich also keine Bedenken gegen die Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand.

Bemerkenswert ist aber, daß die Anhänger der institutionellen Lehre die Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand nicht in erster Linie nach dem Vorhandensein einer Wirtschaftseinheit bestimmen, wie sie es bei den Privatpersonen tun²⁾.

Vielmehr wird auf das Verhalten und die Interessenverfolgung des öffentlichen Aktionärs abgestellt³⁾. Damit sind die

-
- 1) Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß - im Gegensatz zu den Personen des Privatrechts - die überwiegende Zahl der juristischen Personen öffentlichen Rechts über Wirtschaftseinheiten verfügt. Da das Vorhandensein einer äußeren Wirtschaftseinheit nicht begriffsnotwendig zu den Merkmalen der juristischen Personen öffentlichen Rechts gehört, und es tatsächlich auch zahlreiche jPöR ohne Wirtschaftseinheit gibt, z.B. kleinere Gemeinden, ist bei der Auslegung nach dem Wortsinn die Gleichbehandlung mit den Personen des Privatrechts, soweit sie hier vorgenommen wird, gerechtfertigt.
 - 2) Lediglich Müller/Rieker, Die Wirtschaftsprüfung 1967, 202 lehnen die Unternehmenseigenschaft von Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts und anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder Anstalten ab, "da sie sich hinsichtlich ihrer Beteiligungsverwaltung nicht eines wirtschaftlich eingerichteten und ausgeübten Geschäftsbetriebes bedienen." Diese Begründung ist schon wegen der unterstellten tatsächlichen Verhältnisse, die mit der Wirklichkeit nicht in allen Fällen übereinstimmen, anfechtbar. Vor allem aber trifft sie nicht den Kern. Die Entscheidung dieser wichtigen Frage kann m.E. nicht davon abhängen, wie jemand seine Beteiligungen verwaltet. Einzelheiten dazu unten S. 98.
 - 3) So meint z.B. Rasch, Konzernrecht, 3. Aufl., S. 25, juristische Personen des öffentlichen Rechts, namentlich Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeinden) seien als solche keine Unternehmen. "Indessen wird man sie, wenn sie sich unternehmerisch betätigen, auch entsprechend behandeln müssen;" ähnl. Baumbach-Hueck § 15, Anm. 5. Diese Auffassung vertritt Rasch sinngemäß auch in der neusten (vierten) Auflage seines Konzernrechts, wenn auch nicht mehr mit den gleichen klaren Worten, vgl. a.a.O. S. 38.

Grenzen zum funktionalen Begriff verwischt, denn auch die Vertreter der funktionalen Lehre beurteilen die Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand nach der Art der verfolgten Interessen. So hält Wassmuth¹⁾ es zwar für möglich, daß eine Gemeinde sich unternehmerisch betätigt. In der Regel besteht nach seiner Ansicht eine Mitteilungspflicht gemäß § 20 AktG jedoch nicht, da bei der Gemeinde gerade das wesentliche Merkmal "Absicht der Gewinnerzielung" überlagert sei vom öffentlichen Zweck²⁾. Die Absicht der Gewinnerzielung wird allgemein für ein wesentliches Merkmal des Unternehmensbegriffs gehalten. Fehlt sie und werden statt dessen öffentliche Zwecke verfolgt, soll von unternehmerischem Handeln und unternehmerischer Interessenverfolgung nicht mehr gesprochen werden können.

Eine derartige Auslegung steht im Widerspruch zur juristischen Terminologie. Man spricht allgemein von "öffentlichen Unternehmen" und sieht es als Hauptmerkmal dieser Unternehmen an, daß bei ihnen die Gewinnabsicht völlig fehlt oder doch eine untergeordnete Rolle spielt³⁾. Das Gesetz selbst spricht in den Gemeindeordnungen von "wirtschaftlichen Unternehmen", die von den Gemeinden nur unterhalten werden dürfen, wenn "ein dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert"⁴⁾, wobei unter öffentlichem Zweck nicht

1) Der Städtetag 1967, S. 46.

2) Vgl. auch Kropff, BB 1965, 1285; Brauksiepe, BB 1966, 872 hält "unternehmerische Ziele" und "öffentliche Zwecke" für wesensverschieden, wobei er als kennzeichnend für unternehmerische Betätigung das Gewinnstreben ansieht.

3) Vgl. z.B. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 478; J.v.Gierke ZHR 111, S. 6; Jacobi in: Festschrift für Ehrenberg, S. 17: "Der allgemeine Begriff des Unternehmens deckt auch die Fälle, wo es sich nicht um Gewinn, sondern um gemeinnützige Befriedigung materieller oder ideeller Bedürfnisse - gemeinnützige Unternehmen - oder um Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung handelt".

4) Siehe z.B. § 69 GO NRW; ähnl. § 98 GO Hessen und § 89 GO Nieders.

verstanden werden darf das reine Gewinnstreben¹⁾. Das Gesetz setzt also voraus, daß es Unternehmen gibt, denen das Erwerbsstreben fehlt. Doch nicht nur im Bereich der öffentlichen Hand finden wir Erscheinungen, die trotz fehlender Gewinnabsicht allgemein als Unternehmen bezeichnet werden. Zu denken ist etwa an eine Stiftung des Privatrechts, die ein Unternehmen für gemeinnützige Zwecke betreibt. Köttgen²⁾ weist mit Recht darauf hin, daß das Kennzeichen der freien Wirtschaft nicht ihr Gewinnstreben ist, sondern das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen Unternehmers. "Ihm bleibt insbesondere der fundamentale Vorentscheid über die Zweckbestimmung überlassen, weshalb er sich auch für gemeinnützige Zwecke entscheiden kann, durch deren Erfüllung ausschließlich und unmittelbar die Allgemeinheit gefördert wird."³⁾ Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die Gewinnabsicht nicht notwendiges Merkmal des Unternehmensbegriffs ist; umgekehrt schließt die Verfolgung öffentlicher oder gemeinnütziger Zwecke die Unternehmenseigenschaft nicht aus. Vom Wortlaut her kann die Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand nicht verneint werden.

V. Das Verhältnis des Unternehmensbegriffs zum Kaufmannsbegriff

In der Literatur wird teilweise der Versuch unternommen, aus der Kaufmannseigenschaft des Aktionärs auf seine Unternehmens-

-
- 1) Surén, Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik Bd. II, Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 154.
 - 2) Köttgen, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben (Festschrift Deutscher Juristentag 1960), S. 599
 - 3) Daran ändert auch nichts, wie Köttgen a.a.O. richtig bemerkt, daß aus rein ökonomischen Gründen ein solcher Entschluß immer die Ausnahme von der Regel bleiben wird.

eigenschaft zu schließen. Kaufmannseigenschaft soll zwar nicht erforderlich sein, umgekehrt aber einen sicheren Hinweis auf den Charakter als Unternehmen geben.¹⁾ Die Begriffe Kaufmann und Unternehmen werden teilweise synonym verwendet. So meint die Studienkommission des Deutschen Juristentages²⁾, es sei eine Frage des Einzelfalles, wann eine Person durch die Ausübung des beherrschenden Einflusses zum Kaufmann i.S. des HGB und damit zum Unternehmen werde. Raisch³⁾ dienen höchstrichterliche Entscheidungen zur Frage der Kaufmannseigenschaft zur Bestimmung des Unternehmensbegriffs. Dem möglichen Vorwurf, warum dann eigentlich das Gesetz den unbestimmten Unternehmensbegriff verwendet und nicht den festumrissenen Kaufmannsbegriff des HGB, begegnet man vorsorglich mit dem Hinweis, daß letzterer nicht alle Bereiche der gewerblichen Wirtschaft erfasse, z.B. nicht die Land- und Forstwirtschaft, was wiederum der weitergehende Unternehmensbegriff tue⁴⁾.

Der Kaufmannsbegriff ist der Grundbegriff des HGB. Handelsrecht ist Kaufmannsrecht⁵⁾. Das Aktiengesetz kennt den Begriff des Kaufmanns nicht⁶⁾, es verwendet den Unternehmensbegriff; Adressat vieler aktienrechtlicher Normen ist nicht der Kaufmann sondern der Unternehmer⁷⁾. Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt, also jeder, der eines der in § 1, Abs. 2 HGB aufgeführten Geschäfte betreibt. Ferner derjenige,

1) Baumbach-Hueck, § 15, Anm. 3. Notwendig ist das nach B.-H. so bei Handelsgesellschaften, § 6 HGB, und Genossenschaften, § 17, Abs. 2, GenG, vgl. auch Schäfer BB 1966, 231 u. Müller/Rieker, Die Wirtschaftsprüfung 1967, 200; Hdbd.AG, Rz. 705.

2) DJT - Konzernrecht, Textziff. 106 (S.7).

3) Raisch, JZ 1966, S. 555.

4) Müller/Rieker a.a.O.

5) Capelle, Handelsrecht S. 8.

6) §§ 16 Abs.4 u. 309 sind Ausnahmen.

7) "Der Unternehmer bekommt seinen Namen vom Unternehmen", Rittner, S. 16. Soweit es um die Frage des Normadressaten geht, ist es berechtigt, auf den Träger des Unternehmens abzustellen, auch wenn das Gesetz vom Unternehmen spricht.

der "ein handwerkliches oder ein sonstiges gewerbliches Unternehmen, dessen Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1, Abs. 2 als Handelsgewerbe gilt, das jedoch nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert", betreibt, "sofern die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen worden ist."¹⁾ Hier ist der Berührungspunkt der beiden Begriffe. Wer ein Unternehmen betreibt, ist immer zumindest dann Kaufmann, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 2 HGB vorliegen. Dies läßt jedoch nicht den Schluß zu, daß der Kaufmann auch Unternehmen im aktienrechtlichen Sinne ist. Denn dann setzt man voraus, daß der handelsrechtliche und der aktienrechtliche Unternehmensbegriff den gleichen Inhalt haben²⁾. Das kann so sein, braucht aber nicht so zu sein. Das gleiche Wort kann in verschiedenen Normen eine unterschiedliche Bedeutung haben, die von der Zweckbestimmung der jeweiligen Norm abhängt. Aus den bisherigen Untersuchungen hat sich überdies ergeben, daß es mit dem Wortsinn vereinbar ist, einen Unternehmensbegriff zu vertreten, der nicht eine Institution als wesentliches Merkmal beinhaltet, der sich also wesentlich vom handelsrechtlichen Unternehmensbegriff unterscheidet.³⁾ Die begriffliche Gleichstellung ist also nicht gerechtfertigt. Abgesehen hiervon ist zu bedenken, daß Kaufmann nicht nur ist, wer über ein Unternehmen im handelsrechtlichen Sinne verfügt. Als Kaufmann gelten auch sämtliche AGn und GmbHs (§ 6 HGB), ohne daß es darauf ankommt, ob sie

1) § 2 HGB.

2) So wohl Raisch, JZ 1966, 555, der von einem handelsrechtlichen Unternehmensbegriff spricht.

3) Das kaufmännische Unternehmen, das Handelsgeschäft, ist ein Unternehmen im objektiven Sinne. Wesentlich ist das Vorhandensein einer Organisation von Sachen und Rechten, vgl. Capelle S. 25 und Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, Einf. I, 4.

ein Handelsgewerbe betreiben.¹⁾ Sollen auch solche Kaufleute ohne weiteres Unternehmen sein?²⁾ Dies vermag nur eine teleologische Untersuchung zu klären, vom Wortsinn her ist die Frage nicht zu beantworten.

Der Kaufmannsbegriff und der Unternehmensbegriff sind zwei verschiedene Begriffe, die in zwei verschiedenen Gesetzen verwendet werden. Zu untersuchen bleibt, inwieweit der durch den Kaufmannsbegriff erfaßte Personenkreis nach Normzweck und Interessenlage unter den Unternehmensbegriff von § 20 AktG zu subsumieren ist.

VI. Die freien Berufe als Unternehmen

Ein weiterer Problemkreis, der eine getrennte Behandlung in begrifflicher und teleologischer Hinsicht erfordert, ist die Unternehmenseigenschaft der freien Berufe. Können Ärzte, Zahnärzte, Rechtsanwälte, Architekten, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater u.a.³⁾ Unternehmen i.S. von § 20 AktG sein; müssen also Aktionäre, die einen freien Beruf ausüben, einen Beteiligungserwerb mitteilen? Soweit diese Frage überhaupt erörtert wird, wird sie verneint⁴⁾. Zur Begründung wird ange-

-
- 1) Diese Gesellschaften sind kraft Rechtsform Handelsgesellschaften, vgl. § 3 AktG, § 13 GmbHG.
 - 2) Das meinen Baumbach-Hueck a.a.O. und Schäfer BB 1966 S. 231: "Dabei gilt allerdings die entscheidende Ausnahme, daß man denjenigen juristischen Personen, die kraft Gesetzes als Kaufmann gelten, (§ 6 HGB, § AktG, § 13 Abs. 3 GmbHG, § 17 Abs. 2 GenG), auch stets die Qualität eines Unternehmens beilegen muß, weil das Gesetz sie so behandelt wissen will, als wenn sie alle ein Handelsgewerbe betreiben würden (§ 1 HGB)".
 - 3) Eine nahezu erschöpfende Aufzählung der freien Berufe ist in § 18 Abs. 1, S. 1 EStG v. 15. 11. 1961 enthalten.
 - 4) Müller/Rieker, Die Wirtschaftsprüfung 1967, S. 202; Leo, Die Aktiengesellschaft 1965, 353; Baumbach-Hueck, § 15, Anm. 3 verneinen die Unternehmenseigenschaft "bei wissenschaftlichen, künstlerischen und sonstigen freien Berufen."

führt¹⁾, die Tätigkeit der freien Berufe und die Hilfsmittel, mit denen sie ausgeführt werde, stellten keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb dar. Das Bild dieser Berufe werde nicht wie das des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes in erster Linie durch die Absicht, Gewinne zu erzielen, sondern durch anderweitige Zielvorstellungen, die ideeller Art seien, bestimmt.

Damit wird nach den gleichen Kriterien abgegrenzt, die für die Verneinung der Frage maßgebend sind, ob die freien Berufe unter den Begriff des Handelsgewerbes zu subsumieren sind²⁾. Man unterstellt also auch hier eine gewisse Identität von handelsrechtlichem und aktienrechtlichem Unternehmensbegriff. Daß das unzulässig ist, ist schon in anderem Zusammenhang dargestellt worden.³⁾ Die entscheidende Frage an dieser Stelle ist, ob es mit dem Wortsinn zu vereinbaren ist, Angehörige freier Berufe als Unternehmen zu bezeichnen. Dies wäre dann nicht möglich, wenn die Begriffe "Unternehmen" und "freier Beruf" scharf gegeneinander abzugrenzen wären, wenn also beide Begriffe durch eine unterschiedliche Bedeutung sich klar voneinander abheben würden.

Die wesentlichen Umrisse des Unternehmensbegriffs wurden aufgezeigt. Es handelt sich, ganz allgemein gesagt, "um einen Inbe-

1) Vgl. Müller/Rieker a.a.O.

2) Vgl. z.B. Schlegelberger-Hildebrandt § 1 Anm. 24: "Sie mögen zwar durch die Ausübung ihres Berufes gleichzeitig ihren Lebensunterhalt erwerben und damit Erwerbszwecken nachgehen, gegenüber der ihren Berufen innewohnenden geistigen Bedeutung tritt jedoch der Erwerbszweck derart zurück, daß er nicht als Grundlage für die Beurteilung ihrer Tätigkeit herangezogen werden kann."

3) Siehe oben S. 33.

griff von Tätigkeiten, die eine Wirtschaftseinheit bilden."¹⁾ Der Begriff des "freien Berufs" ist, wie der Unternehmensbegriff, kein eindeutiger Rechtsbegriff.²⁾ Allgemein bezeichnet man solche Personen als Angehörige eines freien Berufs, die "vorwiegend unter Einsatz ihrer Arbeitskraft und ihrer persönlichen Fähigkeiten Leistungen höherer Art erbringen, durch die sie zugleich der Verwirklichung ideeller Werte im gesellschaftlichen Leben dienen".³⁾ Diese Leistungen werden in wirtschaftlicher und sozialer Selbständigkeit und Unabhängigkeit erbracht.⁴⁾ Da wirtschaftliche und soziale Selbständigkeit und Unabhängigkeit auch ein Wesensmerkmal des Unternehmens sind, und da die freien Berufe in sich große Unterschiede hinsichtlich des vorausgesetzten Qualifikationsgrades ihrer Tätigkeit und der Bindung an das Wohl der Allgemeinheit aufweisen, ist eine klare Grenzziehung zwischen den beiden Begriffen nicht möglich. Rittner⁵⁾, der das Verhältnis des Unternehmensbegriffs zum Begriff des freien Berufs eingehend untersucht hat, sieht den entscheidenden Unterschied zwischen unternehmerischer und freiberuflicher Tätigkeit in dem Grad des persönlichen Einsatzes: "Die Leistungen, welche die freien Berufe aufgrund der Verträge erbringen, unterscheiden sich aber dadurch von denen der Unternehmer, daß sie persönlich erbracht werden und nicht durch das Unternehmen."⁶⁾ Der freie Beruf setzt nach Rittner voraus, daß der Berufsträger die ihm übertragenen und von ihm übernommenen Aufgaben selbst erfüllt, während im Gegensatz dazu der Unternehmer sich weitgehend von seinem

1) Das ist die Bezeichnung J.v.Gierkes (ZHR 111 S. 6) für das Unternehmen im weiteren Sinne.

2) BVerfGE 10, 354 ff., S. 364. Ob es sich aber lediglich um einen soziologischen Begriff handelt, wie das BVerfG meint, ist zweifelhaft. Indes bedarf die Frage hier keiner Klärung, da von ihr die Untersuchung in keiner Weise beeinflusst wird.

3) BVerfG a.a.O.; ähnl. Scheuner, Die freien Berufe im ständischen Aufbau, in: Festschrift für Hedemann, S. 427; vgl. auch Rittner S. 20 ff.

4) Kammergericht, Beschluß v. 12.1.1960, vgl. DB 1960, S. 408.

5) Rittner, Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe.

6) a.a.O. S. 20/21.

Geschäft zurückziehen kann. Rittner erkennt allerdings an, daß die Grenzziehung im Einzelfall schwierig sein kann, da es Unternehmen mit berufsrechtlichen Elementen genauso gibt¹⁾ wie umgekehrt freie Berufe mit unternehmerischen Elementen²⁾. Er hält es für möglich, daß mit dem Begriff "Unternehmen" in einem Gesetz auch die freien Berufe oder wenigstens einige freie Berufe gemeint sind³⁾, daß also vom Wortlaut her die beiden Begriffe sich nicht ausschließen.

Dieser Erkenntnis entspricht die allgemeine Auffassung zum kartellrechtlichen Unternehmensbegriff⁴⁾. Wenngleich im einzelnen streitig ist, ob alle Arten von freien Berufen dem GWB unterliegen, so ist jedenfalls unbestritten, daß der im Gesetz verwendete Begriff "Unternehmen" eine Anwendung auf freie Berufe nicht ausschließt.

Auch der Unternehmensbegriff im Umsatzsteuergesetz umfaßt die freien Berufe⁵⁾.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß vom Wortlaut her keine Bedenken gegen die Anwendung des Unternehmensbegriffs auf Angehörige freier Berufe bestehen.

VII. Zusammenfassung

Es gibt keinen einheitlichen Unternehmensbegriff. Der wirtschaftswissenschaftliche Begriff als Ausgangspunkt aller rechtswissenschaftlichen Begriffe beeinflußt weder die Auslegungsmethode noch das Auslegungsergebnis. Vom Wortlaut

1) Beispiel bei Rittner S. 28: Die Apotheke.

2) Beispiel bei Rittner S. 29: Die Wirtschaftsprüfergesellschaft in der Form der AG.

3) a.a.O. S. 33/34.

4) Kammergericht, Beschluß vom 12.1.1960 (DB 1960, S. 408); Gantenberger S. 62; Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar § 1 Anm. 7 m.w.N.; Rittner wendet sich gegen eine Subsumtion der freien Berufe unter den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff; ausschlaggebend hierfür sind jedoch nicht begriffliche, sondern teleologische Gründe, vgl. a.a.O. S. 34 ff.

5) Plückebaum-Malitzky, UStG Bd. I, Tz. 73.

her lassen sich sowohl institutionelle wie auch funktionale Unternehmensbegriffe vertreten. Die Absicht der Gewinnerzielung ist kein notwendiges Merkmal des Unternehmensbegriffs. Auch die Verfolgung öffentlicher Zwecke schließt die Unternehmenseigenschaft nicht aus. Daher läßt der Wortlaut die Einbeziehung der öffentlichen Hand in den Kreis der mitteilungspflichtigen Aktionäre zu. Der Kaufmannsbegriff ist vom Unternehmensbegriff zu unterscheiden; von der Kaufmannseigenschaft eines Aktionärs kann nicht auf seine Unternehmenseigenschaft geschlossen werden. Angehörige freier Berufe können Unternehmen sein.

Z W E I T E R T E I L:

Die Entstehungsgeschichte

Nach § 20 AktG sind zur Mitteilung bestimmter Beteiligungen verpflichtet alle Aktionäre, die Unternehmenseigenschaft haben. Was unter einem Unternehmen zu verstehen ist, ist unklar; der RegE¹⁾ sah "angesichts der großen praktischen Schwierigkeiten" von einer Umschreibung des Begriffs ab. Um so mehr verwundert es, daß dieser Begriff vom Gesetzgeber verwendet worden ist. Wie ist es dazu gekommen? Weshalb wurde nicht jeder Aktionär zur Mitteilung verpflichtet? Aus den Motiven der an der Gesetzgebung beteiligten Personen lassen sich möglicherweise Erkenntnisse gewinnen, die das Problem einer Lösung näherbringen.

I. Der Referentenentwurf von 1958

Der Referentenentwurf von 1958²⁾ führte in seinem § 19 die Mitteilungspflicht ein, die es in früheren Aktienrechtskodifikationen nicht gegeben hatte. Zur Mitteilung einer 20%igen Beteiligung an einer AG³⁾ waren verpflichtet Kapitalgesellschaften und bergrechtliche Gewerkschaften. Hier spielte der Unternehmensbegriff noch keine Rolle. Dagegen traf die Pflicht zur Mitteilung einer Mehrheitsbeteiligung an einer AG "Unternehmen" ohne Beschränkung auf bestimmte Rechtsformen. In der Begründung zu § 19 RefE waren keine Hinweise auf die Gründe für die Differenzierungen hinsichtlich der Person des Mitteilungspflichtigen enthalten. Die neue Vorschrift löste eine heftige Diskussion aus. Dabei wandte man sich überwiegend ganz allgemein gegen die Einführung einer solchen

1) Bei Kropff S. 27

2) Vgl. Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium 1958, S. 5.

3) Die auf wechselseitige Beteiligungen zugeschnittenen Meldepflichten bleiben außer Betracht.

Mitteilungspflicht.¹⁾ Lediglich Flume²⁾ kritisierte, bei grundsätzlicher Zustimmung zu § 19, die Beschränkung auf Kapitalgesellschaften und Unternehmen und forderte, die Mitteilungspflicht des § 19 sollte allgemein statuiert werden. Jedermann sollte nach Flume verpflichtet sein, der Gesellschaft mitzuteilen, wenn er mehr als 20% der Aktien bzw. die Mehrheit erworben hat.

II. Der Regierungsentwurf von 1960

1960 wurde der Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes³⁾ der Öffentlichkeit vorgelegt. Er enthielt zwar gegenüber dem RefE einige Änderungen; diese betrafen jedoch nicht die Person des Mitteilungspflichtigen. Nach § 19 RegE waren zur Mitteilung des Erwerbs einer Sperrminorität (25%) an einer AG verpflichtet nur Kapitalgesellschaften und bergrechtliche Gesellschaften, zur Mitteilung einer Mehrheitsbeteiligung nur Unternehmen. Die Begründung enthielt keine Stellungnahme zu dem inzwischen entstandenen Streit um die Person des Mitteilungspflichtigen. Lediglich zu Abs. 1 von § 19 wurde lapidar bemerkt: "Von einer Erstreckung der Mitteilungspflicht auf jedes Unternehmen oder sogar jeden Aktionär ist abgesehen worden."⁴⁾ Wieder war es in erster Linie Flume, der auf die Differenzierungen hinsichtlich der Person des Mitteilungspflichtigen hinwies⁵⁾. Er hielt die

1) Rautmann, Probleme aus dem Recht der Unternehmensverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, in: Beiträge zur Aktienrechtsreform S. 163; Hartmann, Konzernrecht und Aktienrechtsreform, in: Marburger Aussprache zur Aktienrechtsreform S. 61; Spitzenverbände, Gemeinsame Denkschrift zum Referentenentwurf eines Aktiengesetzes S. 41 ff.

2) Flume, Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes S. 35.

3) BT-Drucksache III/1915.

4) a.a.O. S. 105.

5) Flume, Grundfragen der Aktienrechtsreform S. 39 ff.

Ungleichbehandlung der verschiedenen Aktionärstypen für "schlechterdings unverständlich"¹⁾. Da die Problematik für natürliche und juristische Personen, die weder Kapitalgesellschaft bzw. bergrechtliche Gesellschaft noch Unternehmen sind, die gleiche sei, wie für die nach § 19 RegE Verpflichteten, müßte jedermann meldepflichtig sein, die Publizitätspflicht für den Anteilsbesitz mithin allgemein statuiert werden. Die Regelung des RegE sei eine Diskriminierung. Ähnlich äußerten sich die Konzernrechtskommissionen des Deutschen Juristentages²⁾ sowie die weitaus überwiegende Zahl der Teilnehmer des 1962 veranstalteten "Frankfurter Publizitätsgesprächs".³⁾

III. Das Aktiengesetz vom 6.9.1965

Das Aktiengesetz von 1965 wurde von dieser massiven Kritik nur zum Teil beeinflußt. Die Pflicht zur Mitteilung einer Sperrminorität, die § 19 RegE nur Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gesellschaften auferlegt hatte, traf nach § 20 AktG jedes Unternehmen. Damit war eine gewisse Vereinheitlichung der ganzen Regelung erreicht worden, da zur Mitteilung einer Mehrheitsbeteiligung gleichfalls Unternehmen verpflichtet waren. Die Ausschüsse⁴⁾, die diese Erweiterung vorgenommen hatten, konnten sich jedoch nicht entschließen, die Publizitätspflicht allgemein zu statuieren und jeden Aktionär zur Mitteilung zu verpflichten. Die Begründung hier-

1) a.a.O. S. 40.

2) DJT-Konzernrecht S. 70/71.

3) Vgl. v. Caemmerer Referat S. 182, sowie die Diskussionsbeiträge von Flume S. 186 ff.; Koppenberg, S. 189 ff.; Kropff S. 191 ff.; Silcher S. 192 ff.; Kaufmann S. 202 ff.; Selmer jr. S. 205 ff.; Jahr S. 208 ff.

4) Bei Kropff S. 41.

für ist sehr aufschlußreich:¹⁾"Nach Ansicht des Wirtschaftsausschusses zwingen die Gründe der Mitteilungspflicht dazu, sie auf alle Unternehmen - ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform - zu erstrecken. Hingegen hat der Wirtschaftsausschuß eine Ausdehnung der Mitteilungspflicht auf jeden Aktionär - ohne Rücksicht darauf, ob es sich um ein Unternehmen handelt - abgelehnt. Ihm erschien einerseits zweifelhaft, ob für diese Ausdehnung ein Bedürfnis besteht. Bei Beteiligung eines Unternehmens besteht die Gefahr, daß das Unternehmen die Rechte aus der Beteiligung zum Nachteil der Gesellschaft für seine unternehmerischen Interessen ausnutzt. Diese Gefahr besteht bei einem Aktionär, der kein Unternehmen ist, nicht in gleicher Weise. Andererseits könnte in einer Mitteilungspflicht solcher Aktionäre eine zu weitgehende Offenlegung ihres Privatvermögens gesehen werden."

IV. Folgerungen

Aus der Begründung des Regierungsentwurfs 1960, der Diskussion dieses Entwurfs und der Begründung, die der Wirtschaftsausschuß seinen, vom Bundestag unverändert übernommenen

1) Vgl. auch die Begründung des Abgeordneten Prof. Dr. Böhm zu einem Antrag der CDU/CSU-Fraktion, welcher inhaltlich mit dem Beschluß des Wirtschaftsausschusses übereinstimmte (Bericht v.d. 184. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 19.5.1965 in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Bd. 58, S. 9214): "Nicht jede Paketbildung von 25% wird durch diese Anträge betroffen, sondern nur ein Paket von 25% oder mehr, das sich in den Händen eines Aktionärs befindet, der für seine Person Unternehmer ist und ein Unternehmen hat, das sich von dem Unternehmen der Aktiengesellschaft, von der er die Sperrminorität besitzt, unterscheidet. Es betrifft also nur die Paketbildung in Händen solcher Aktionäre, die außerhalb der Aktiengesellschaft ein eigenes Interesse haben, das möglicherweise mit dem Interesse der Aktiengesellschaft u. ihres Unternehmens in Konflikt geraten kann, und zwar in der Weise, daß der Paketbesitzer-Aktionär beabsichtigt, sich des Einflusses, den ihm der Besitz der Sperrminorität verschafft, zu bedienen, um das Unternehmen der Aktiengesellschaft seinem eigenen Unternehmen in irgendeiner Weise dienstbar zu machen. ...An diese Gefahr ist vor allem gedacht, und deshalb beschränkt sich auch der Antrag meiner Fraktion auf solche Fälle, in denen der Paketbesitz in der Hand eines Unternehmens ist."

Änderungsvorschlägen beigelegt hat, ist zu schließen, daß die unterschiedliche Behandlung von Unternehmensaktionären und sonstigen Aktionären in § 20 AktG deswegen erfolgt ist, weil die Gefährdung der Interessen der Gesellschaft, ihrer Gläubiger und ihrer Minderheitsaktionäre für größer angesehen wurde, wenn der Großaktionär ein Unternehmen ist.

Für die weitere Untersuchung ergibt sich damit ein wichtiger Gesichtspunkt. Es ist zu prüfen, bei welchen Großaktionären eine besondere Gefahrenlage in der Gesellschaft entsteht.

D R I T T E R T E I L

Die Bestimmung des Unternehmensbegriffs nach Normzweck und Interessenlage

I. Interessenlage und Interessenkonflikte bei Vorhanden- sein eines Großaktionärs

Nach § 20 AktG muß ein Großaktionär, der Unternehmen ist, seine Beteiligung bekanntgeben, damit die Aktionäre, die Gläubiger und die Öffentlichkeit über geplante und bestehende Konzernverbindungen besser unterrichtet sind, und damit die wahren Machtverhältnisse in der Gesellschaft deutlicher hervortreten. Ferner soll die Rechtssicherheit bei der Anwendung derjenigen Vorschriften, die an die Höhe einer Beteiligung anknüpfen, erhöht werden.¹⁾

Die Publizitätspflicht ist also von zwei Voraussetzungen abhängig: Von dem Vorhandensein eines Großaktionärs in der Gesellschaft und von der Unternehmenseigenschaft dieses Großaktionärs. Um den Unternehmensbegriff bestimmen zu können, muß die Untersuchung die gesetzliche Interessenbewertung nachvollziehen²⁾³⁾. Daher ist zunächst zu untersuchen, wie sich das Vorhandensein eines Großaktionärs auf die Interessenlage der übrigen Aktionäre und der Gläubiger der Gesellschaft auswirkt.

1. Das ursprüngliche Modell der Aktiengesellschaft

Der steigende Kapitalbedarf einer sich rasant entwickelnden Wirtschaft machte in der Mitte des vorigen Jahrhunderts in weitem Umfang den Einsatz privaten Kapitals erforderlich. Die

1) Vgl. Begründung zu § 19 RegE, Kropff S. 38.

2) Westermann, Das Verhältnis usw. S. 27, spricht von der "Ermittlung der gesetzlichen Interessenbewertung und der konkretisierten Gerechtigkeitsvorstellung, die diese Bewertung und die Rechtsfolgenanordnung rechtfertigt." Vgl. auch Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, S. 11 ff, und: Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, S. 4 ff.

3) Das ist ein zweistufiger Vorgang. Zunächst ist die tatsächliche Konfliktsituation zu analysieren und die Interessen der Beteiligten herauszuarbeiten. Dann ist zu prüfen, wie der Gesetzgeber diese Interessenkollision bewertet hat.

Aufgabe, viele kleine Kapitalbeträge zusammenzubringen¹⁾ und (auch) nur kurzfristig zur Verfügung stehendes Kapital in langfristiges umzuwandeln²⁾, sollte von der Aktiengesellschaft erfüllt werden.³⁾ Die AG wurde die Organisationsform für eine Vielzahl von Kapitalgebern, die sich in dem gemeinsamen Interesse zusammenfanden, durch den Einsatz ihres Kapitals möglichst hohe Gewinne zu erzielen.

Das Organ, welches im wesentlichen die Richtlinien der Geschäftspolitik angeben sollte und die Interessen der Kapitalgeber repräsentieren sollte, war die Hauptversammlung⁴⁾. Bei Meinungsverschiedenheiten unter den Aktionären sollte die Mehrheit ausschlaggebend sein, da sie auch das größere Kapitalrisiko trug⁵⁾. Das vorausgesetzte gemeinsame

-
- 1) Schmalenbach, Die Aktiengesellschaft S. 12, spricht treffend von einer "Pumpwirkung"; die AG ist eine Kapitalpumpe.
 - 2) Diese Fähigkeit der AG ist von besonderer Wichtigkeit, da kaum jemand seine Ersparnisse für die ganze Dauer eines Unternehmens zur Verfügung stellen würde. Der Aktionär kann jederzeit durch den Verkauf seiner Aktien sein Geld zurückbekommen.
 - 3) Die Funktion der Kapitalbeschaffung ist heute nur noch von geringer Bedeutung. Hauptfinanzierungsquellen sind die Selbstfinanzierung über die Einbehaltung von Gewinnen sowie die Fremdfinanzierung. Kutzenberger, der die langfristige Finanzierung bei durchschnittlich 1900 Aktiengesellschaften für den Zeitraum von 1956 - 1961 untersucht hat, ist zu dem Ergebnis gekommen, daß im Durchschnitt nur knapp 15% des Finanzbedarfs durch Aktienmissionen gedeckt worden ist. Vgl. Kutzenberg, Mitbestimmung der Aktionäre S. 20 ff.
 - 4) Das Gremium der Aktionäre war nach früherer Auffassung das wichtigste Organ. Typisch hierfür ist eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1910, vgl. RGZ 73, 236: "...weil die Generalversammlung das oberste Organ der Gesellschaft ist, nach dessen Beschlußfassung sich die anderen beiden Organe zu richten haben. "Siehe auch Rasch, Konzernrecht S. 371 ff.
 - 5) Mestmäcker, Zur aktienrechtlichen Stellung der Verwaltung bei Kapitalerhöhungen, BB 1961, 947.

Interesse¹⁾ aller Aktionäre am Prosperieren ihrer Gesellschaft schien zu gewährleisten, daß das Mehrheitsprinzip nicht zu einer besonderen Benachteiligung der Minderheit führte.

Das Bedürfnis nach einer funktionsfähigen Unternehmensführung, die in der Lage war, sehr spezielle und komplizierte unternehmerische Entscheidungen in kürzester Frist zu fällen, schloß naturgemäß eine Leitung der AG durch die Vielzahl der Anteilseigner aus²⁾. Daher wurde mit dem Vorstand ein besonderes Geschäftsführungs- und Vertreterorgan geschaffen. Diese Kompetenzverteilung konnte nach früheren Vorstellungen schon deswegen nicht zu Nachteilen für die Aktionäre führen, weil diese regelmäßig über die Wiederwahl des Vorstandes entschieden, und zwar indirekt über die Wahl des Aufsichtsrates, der seinerseits den Vorstand wählte. In einer Gesellschaft, in der die Macht gleichmäßig verteilt war auf viele, relativ gering beteiligte, Aktionäre und eine von diesen weitgehend abhängige Verwaltung, und in der die Interessen aller Beteiligten gleichgerichtet waren, schienen tiefgreifende Konflikte zwischen Verwaltung und Anteilseignern oder unter den Anteilseignern selbst kaum vorstellbar.

2. Die Modifikation des Modells durch die Wirklichkeit

Die stürmische Aufwärtsentwicklung der Wirtschaft führte zur Bildung immer größerer Unternehmenseinheiten. Die Deckung des steigenden Kapitalbedarfs der Gesellschaften durch die Beteiligung vieler neuer Geldgeber, sowie die Zusammenfassung

-
- 1) Dieses gehört nach Caflisch, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, S. 34, Fn. 2, "zum Typus der auf sich gestellten und in sich selbst gefestigten AG", den er mit Recht als den "theoretischen Typus", also das Ursprungsmodell, der AG ansieht.
 - 2) Strauß, Die Rechtsstellung des Aktionärs, Marburger Aussprache zur Aktienrechtsreform, S. 19/20.

kleinerer Gesellschaften zu immer größeren waren die Ursachen für die Entstehung riesiger Publikumsgesellschaften, die den ursprünglichen Gesellschaftstypus, von Wiethölter treffend "inkorporierte OHG" genannt¹⁾, weitgehend verdrängten.

Die Aufsplitterung der Macht der Aktionäre bewirkte die Entmachtung des einzelnen. Diese wiederum beeinflusste das Verhalten der Aktionäre, die sich immer weniger mit der Gesellschaft identifizierten und schließlich ihr Unternehmen nur noch vom Kurszettel kannten²⁾. Zu dieser Passivität hat nicht unwesentlich der Umstand beigetragen, daß mit der Zeit die wirtschaftlichen und technischen Zusammenhänge immer komplizierter wurden, so daß es dem einzelnen Aktionär weitgehend unmöglich wurde, daß Geschehen in "seinem" Unternehmen zu übersehen und zu beurteilen. Die Hauptversammlung, die nach der Konzeption des Gesetzes das Gremium sein sollte, welches die Interessen der Aktionäre repräsentiert, sank im Laufe der Zeit zu weitgehender Bedeutungslosigkeit herab, da der Großteil der Aktionäre nicht bereit war, seine, wenn auch geringe, Stimmenmacht aktiv einzusetzen. So erschienen z.B. zur ersten Hauptversammlung der Preussag am 25.6.1959 von den 216 119 Volksaktionären ganze 737, von denen nur 440 bis zur letzten Abstimmung durchhielten³⁾. Diese Passivität kann den Aktionären

1) Wiethölter, Die Publizitätsinteressen der Anteilseigner, in: Das Frankfurter Publizitätsgespräch, S. 37.

2) Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, S. 19.

Diese Entwicklung hat mit der von der Regierung popularisierten Volksaktie einen neuen Höhepunkt erreicht. Preussag, die Volkswagenwerk AG und die Veba haben jeweils mehrere Hunderttausend Aktionäre, für die die Aktie kaum mehr als eine moderne Form des Sparbuchs ist.

3) Diese Zahlen nennt Wiethölter, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, S. 317.

nicht einmal vorgeworfen werden,¹⁾ steht doch der aus beispielsweise 2 VW-Aktien resultierende Einfluß auf die Geschicke der Volkswagenwerk-AG in keinem Verhältnis zu dem Aufwand an Zeit und Geld, den eine Teilnahme an der Hauptversammlung verursachen würde.

Daß die geringe Präsenz der Aktionäre auf den Hauptversammlungen nicht gleichbedeutend sein mußte mit einem völligen Verzicht auf die Ausübung des Stimmrechts ist in erster Linie das Verdienst der Banken. Diese waren nur zu gern bereit, das Stimmrecht für die Kleinaktionäre, ihre Depotkunden, auszuüben. Damit wurden fortan die Hauptversammlungen weitgehend beherrscht von Personen mit eigenen wirtschaftlichen Interessen, die sich vielfach von denen der Gesellschafter unterschieden. Daß bei Ausübung des Depotstimmrechts auch diese Interessen eine Rolle spielen können, liegt auf der Hand.²⁾

- 1) Das betont auch Großfeld a.a.O. S. 20: "Das Streben nach einer möglichst risikolosen Kapitalanlage gehört zum System unserer Wirtschaft. Dieses System braucht nicht nur den Unternehmensaktionär, sondern auch den Anlageaktionär."
- 2) Das Depotstimmrecht der Banken war seit seinem Bestehen heftiger Kritik ausgesetzt. Vgl. z.B. Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, S. 92 ff.; Kutzenberger, S. 94 ff. Wiethölter, Interessen, S. 322 ff. gibt einen umfassenden Überblick über den Stand der Meinungen. Diesen leitet er bezeichnenderweise mit den Satz ein, im Aktienrecht ließe sich das Bonmot Martin Wolffs, man könne die Juristen danach einteilen, ob sie zur juristischen Person Stellung genommen hätten oder nicht, auf das Depotstimmrecht der Banken abwandeln.

Das Für und Wider des Depotstimmrechts kann hier nicht erörtert werden; es ist hier als eine feststehende Tatsache hinzunehmen, die, das kann grundsätzlich nicht bezweifelt werden, zur Veränderung der Struktur der AG beigetragen hat. Ein Gesichtspunkt bedarf allerdings der Erwähnung, der in der Debatte um das Bankenstimmrecht kaum Beachtung findet: Die Depotkunden sind im Normalfall auch in sonstigen Angelegenheiten Kunden der Bank, die für sie das Stimmrecht ausübt. Daher liegt eine gewisse Rücksichtnahme auf die Interessen der Kleinaktionäre im ureigensten Interesse der Banken, wollen sie nicht Gefahr laufen, Kunden an die Konkurrenz zu verlieren. Daß die Banken nicht immer im Sinne der Verwaltung ihr Depotstimmrecht ausüben, dafür gibt es ein aktuelles Beispiel: Die drei Großbanken haben sich den Forderungen einiger Kleinaktionäre angeschlossen und bei Rheinstahl eine Sonderprüfung beantragt. Auch sonst weichen sie in den Vorschlägen, die sie ihren Depotkunden für die Ausübung des Stimmrechts auf der Hauptversammlung am 23.8.1968 machen, teilweise von denen der Verwaltung ab. Vgl. FAZ v. 1.8.1968 (Nr. 175) S. 11.

Mit steigender Einflußlosigkeit der Aktionäre wuchs die Macht der Verwaltung in der Gesellschaft. Je passiver die Anteilseigner sich verhielten, je komplizierter die Geschäfte des Unternehmens wurden, um so mehr löste sich die Verwaltung aus ihrer Abhängigkeit von den Aktionären. Aufsichtsrat und Vorstand wurden zu den unumschränkten Herrschern in der Gesellschaft, die Kleinaktionäre zu "Kreuzungen aus Gläubigern und Sparern".¹⁾ Versuche von Kapitalgruppen, die Macht in der Gesellschaft zu ergreifen, suchte die Verwaltung, auch unter Zuhilfenahme von Manipulationen - stichwortartig seien hier die Institute der Mehrstimmrechts-, Vorrats-, Verwaltungsaktien sowie wechselseitige oder Ringbeteiligungen genannt - zu vereiteln.²⁾ Dieses Phänomen³⁾ bezeichnet man allgemein mit dem Schlagwort "Trennung von Besitz (Eigentum) und Herrschaft"⁴⁾ bzw. "Trennung von Kapitaleigentum und Verfügungsmacht"⁵⁾ in Anlehnung an den von Berle und Means in ihren Untersuchungen benutzten Ausdruck "separation of ownership and control"⁶⁾. Wenngleich die Verhältnisse in den

- 1) Pross, Manager und Aktionäre in Deutschland, S. 149. Franz Klein beklagte schon im Jahre 1904 diese Entwicklung mit den Worten: "Gedacht ist das in der Generalversammlung vereinigte Kapital als Herr, die Verwaltung als Diener, tatsächlich ist das Verhältnis das entgegengesetzte. Die Verwaltung reißt alle Macht an sich, und in diesem Siegeszuge fehlt es leider nicht an abscheulichen Marodeurgehalten." Vgl. Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft, S. 55.
- 2) Einen solchen Fall erwähnt die sog. Konzentrationsenquete (Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 5.6.1964, BT-Drucksache IV/2320) auf Seite 65. Passow wandte sich mit heftigen Worten gegen dieses "System der Verwaltungsoligarchie", vgl. Der Strukturwandel der Aktiengesellschaft, S. 2. Dazu auch: Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, S. 7 ff.; Mestmäcker, Verwaltung S. 24 ff; Großfeld S. 14 ff.
- 3) Dazu R. Fischer, Der Minderheitenschutz im deutschen Aktienrecht, S. 63.
- 4) Großfeld S. 14.
- 5) Mestmäcker a.a.O. S. 26.
- 6) Vgl. Berle/Means, The Modern Corporation and Private Property, N.Y. 1932.

USA teilweise andere sind als in Deutschland¹⁾, kann doch das Untersuchungsergebnis von Berle und Means im Prinzip übernommen werden:²⁾ Die Aufsplitterung des Aktienbesitzes hat die Entmachtung der Aktionäre und die Herrschaft der Verwaltung zur Folge. Das Eigentum wird aus seiner aktiven in eine passive Rolle gedrängt³⁾. Es gibt kein vom Kapital engagiertes und abhängiges Management mehr⁴⁾; das Management "engagiert" vielmehr das Kapital⁵⁾.

-
- 1) Dazu Coing, Rechtsformen der privaten Vermögensverwaltung, insbesondere durch Banken, in USA und Deutschland, in: AcP 167 (1967) S. 99 ff. In den USA gab es 1965 20 Millionen Wertpapierbesitzer, und somit eine relativ sehr breite Streuung des Wertpapierbesitzes, Coing a.a.O. S. 104.
 - 2) Berle und Means haben die damals 200 größten amerikanischen Aktiengesellschaften auf die Besitzverhältnisse untersucht und festgestellt, daß in vielen Gesellschaften kein Aktionär über eine größere Beteiligung verfügte.
 - 3) Berle-Means a.a.O. S. 66: "Most fundamental of all, the position of ownership has changed from that of an active to that of a passive agent."
 - 4) So auch Rasch in seinem Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag (Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich?), S. 7: Nicht der von der Hauptversammlung gewählte Aufsichtsrat bestimmt den Vorstand, sondern der Vorstand sucht umgekehrt "im Einvernehmen mit dem Vorsitz der Aufsichtsrat und den ihnen nahestehenden Banken die übrigen Aufsichtsratsmitglieder aus und diese werden dann mit Hilfe des Depotstimmrechts der Filialgroßbanken gewählt." Bei der Verteilung der Aufsichtsratssitze werden in erster Linie solche Persönlichkeiten berücksichtigt, die wegen ihrer Position in anderen Gesellschaften, insbesondere Banken, oder wegen ihrer sonstigen Beziehungen für die Gesellschaft wichtig sind. Aus dem Aufsichtsrat ist ein "Beziehungsrat" geworden wie C.E. Fischer es ausgedrückt hat. Vgl. Die Reform des Aktiengesetzes, in: AcP 154 (1955), S. 228.
 - 5) Daraus folgerten Berle und Means, a.a.O. S. 356, die passiven Teilhaber könnten keinen Anspruch auf den vollen Gewinn haben; diesen müßten sie mit der staatlichen Gemeinschaft ("community") teilen.
Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 284, schlug vor, angesichts der Machtverhältnisse müßte der Vorstand für den Erfolg der Geschäftsführung haften. Gegen beide Vorschläge wendet sich Mestmäcker, Verwaltung S. 25 ff, mit einleuchtenden Argumenten.

3 Die Erleichterung der Machtergreifung als Folge der besonderen Strukturmerkmale der Aktiengesellschaft

Eine Person, die die Herrschaft über eine Aktiengesellschaft erlangen wollte, mußte nach dem Modell der AG die Mehrheit der Anteile in ihrer Hand vereinigen. Erst die Übernahme von mehr als der Hälfte des Kapitalrisikos sollte einen maßgeblichen Einfluß auf die Beschlüsse der Hauptversammlung rechtfertigen und insbesondere die Entscheidungsbefugnis über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats verleihen.

Der so erworbene Einfluß beschränkte sich grundsätzlich auf die Willensbildung in der Hauptversammlung; eine Einflußnahme auf Entscheidungen, die im Zuständigkeitsbereich von Aufsichtsrat und Vorstand liegen, war nicht vorgesehen¹⁾. Wegen der Verteilung der Kompetenzen auf drei Organe, konnte die Beherrschung eines Organs naturgemäß nicht die Innehabung der gesamten Macht bedeuten. So war der wichtige Bereich der Geschäftsführungsakte weitgehend der Einflußnahme des Mehrheitsaktionärs entzogen. Aber selbst die vollkommene Beherrschung nur eines Organs, der Hauptversammlung, war wegen bestehender Minderheitsrechte nicht möglich. So war vom Modell her die Machtergreifung teuer, und wegen der unvollkommenen Machtfülle, die sie bot, wenig attraktiv.

Gleichwohl ist die Beherrschung von Aktiengesellschaften in der Praxis seit langem in steigender Zahl zu beobachten und zu einem vieldiskutierten Phänomen geworden. Der Grund hierfür ist in erster Linie in der tiefgreifenden Modifizierung des Modells der Aktiengesellschaft durch die Wirklichkeit zu sehen. Weitgehende Verdrängung des Typs "inkorporierte OHG" durch die große Publikumsgesellschaft, Aufsplitterung der

1) Dies betont auch Würdinger in seinem Referat für den 42. Deutschen Juristentag (Sind auf dem Gebiet des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich?) Verhandlungen des 42. DJT, Bd. II, dritte Abteilung, F. 18.

Anteile, Passivität der Aktionäre, Bankenstimmrecht und Herrschaft der Verwaltung schufen günstige Voraussetzungen für die Übernahme der Macht in der Gesellschaft.

Der Erwerb von über 50% der Aktien ist für eine Beherrschung der Hauptversammlung nur noch in Ausnahmefällen erforderlich. Die durch die Passivität der Kleinaktionäre geringe Präsenz auf Hauptversammlungen und das Bankenstimmrecht lassen einen Anteil von 25 bis 40% i.d.R. ausreichen¹⁾. In dem Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 5.6.1964²⁾ wird die durchschnittliche Beteiligung an Hauptversammlungen der börsennotierten Publikumsgesellschaften mit 70 bis 80% beziffert. In einem Fall hatte ein Großaktionär mit einem Kapitalanteil von nur 26,8% eine Mehrheit von 72,1% des erschienenen Grundkapitals; zur Hauptversammlung erschienen waren ganze 37,2%³⁾. Die Banken setzen Versuchen, die Macht zu erlangen, in der Regel keinen großen Widerstand entgegen; in den meisten Fällen stimmen sie mit dem Großaktionär⁴⁾. Vor allem wenn dieser noch über weitere Unternehmungen verfügt, sind sie an einem guten Einvernehmen interessiert, weil der durch die Zusammenfassung mehrerer Unternehmungen erhöhte Finanzierungsbedarf ihnen gute Geschäftschancen bietet.⁵⁾

Die Konzentration der gesellschaftsinternen Macht bei der Verwaltung erleichtert zudem die Machtergreifung, da der Großaktionär seine Bemühungen auf einen relativ kleinen Personenkreis konzentrieren kann⁶⁾. Gewiß wird sich die Verwaltung gegen den Verlust ihrer Selbständigkeit zur Wehr

1) C.E. Fischer, Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht, AcP 154, S. 118; Großfeld a.a.O., S. 27; Küster, Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter, insbesondere des Stimmrechts, im deutschen Gesellschaftsrecht, S. 91; Lenel, Ursachen der Konzentration, S. 156.

2) BT-Drucksache IV/2320, S. 62 ff.

3) Vgl. auch die eindrucksvollen Beispiele bei Lenel a.a.O., S. 165.

4) Lenel a.a.O., S. 166 ff.

5) Großfeld S. 28.

6) Großfeld S. 28.

setzen¹⁾, doch können ihre Widerstandskräfte durch lukrative Angebote seitens des Großaktionärs leicht geschwächt werden. Außerdem gebietet es die Opportunität, sich dem kommenden Mann gefügig zu zeigen, da sich auf die Dauer eine Machtergreifung ohnehin nicht verhindern läßt. Der Preis für die Macht hängt davon ab, bei welcher Beteiligungshöhe der Großaktionär die Verwaltung unter Kontrolle bekommt. I.d.R. wird er weit weniger als 50% des risikotragenden Kapitals aufzuwenden haben, um über die gesamte Machtfülle der Verwaltung verfügen zu können.

4. Die Stellung des herrschenden Aktionärs in der Gesellschaft

Der Großaktionär kann mit Hilfe des Mehrheitsprinzips die vollkommene Beherrschung der gesamten Gesellschaft erreichen.²⁾ Das Mehrheitsprinzip³⁾ bedeutet zunächst nur, daß eine Hauptversammlungsmehrheit sämtliche Entscheidungen, die in den Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung fallen, nach ihren Interessen gestalten kann. Weit bedeutsamer ist jedoch die mittelbare Auswirkung dieses Prinzips:⁴⁾ Das Recht der Hauptversammlungsmehrheit über die Zusammensetzung der Verwaltung zu entscheiden und die damit verbundene Beeinflussungsmöglichkeit ihrer Mitglieder haben zur Folge, daß das gesetzlich nur im Zuständigkeitsbereich der Aktionärsversammlung geltende Mehrheitsprinzip faktisch Geltung erlangt auch im Zuständigkeits-

1) Pross, Manager und Aktionäre in Deutschland, S. 153 ff, berichtet über den Kampf von Finck gegen die Verwaltung der Allianz-Versicherungs-AG.

Finck besaß allerdings weniger als 25% der Aktien, eine Steigerung dieser Quote hätte das Verhalten der Verwaltung sicherlich zu seinen Gunsten beeinflußt. Pross kommt zu dem richtigen Schluß, daß der Eigentümer eines maßgeblichen Minderheitsanteils, also von etwa 20%, der Verwaltung zwar das Leben schwer machen kann, jedoch gegen den Willen der Manager keine Kontrollgewalt erlangen kann.

2) Die Aktie hat nicht mehr nur eine Kapitalsammelfunktion, sie ist weitgehend zum Beherrschungsinstrument geworden, Eucken S. 282.

3) Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips, siehe Bärmann, die Willensbildung in den europäischen Aktienrechten, S.34.

4) Filbinger, Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktienrecht und Konzernrecht, S. 23.

bereich der Verwaltung. Das bedeutet, daß die Mehrheit nicht nur z.B. über Kapitalerhöhungen oder über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats entscheidet, sondern auch über Fragen der Geschäftsführung, also über Produktionsprogramme, Investitionen, Kapazitätsausweitungen; sie entscheidet letztlich, von wem und zu welchen Bedingungen Rohstoffe und Halbfertigwaren bezogen werden, an wen die Erzeugnisse geliefert werden und welche Konditionen Kunden gewährt werden, auf welchen Märkten der Wettbewerb aufgenommen und auf welchen er unterlassen werden soll. Auf diesen Möglichkeiten beruht die große Attraktivität einer Machtergreifung. Nur sie können die sehr hohen Beträge erklären, die teilweise als Paketzuschläge für Aktienpakte bezahlt werden. So zahlte z.B.¹⁾ die Container Corporation of America (Muttergesellschaft der Europa Cartoon) für ein 79%-Paket Aktien der Bremer Papier- und Wellpappenfabrik 925 DM pro Aktie; an der Börse wurden die Aktien zu gleichen Zeit zwischen 365 und 375 notiert. Der bekannte Bremer Kaufmann Krages ließ sich für die Aufgabe seines Einflusses auf die Zeche Erin von Gelsenberg einen Kurs von 500 zahlen, obgleich der Börsenkurs bei 380 lag.

Um seine Beherrschungspläne zu verwirklichen gestaltet der Großaktionär die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung völlig um. Er besetzt den Aufsichtsrat mit Männern seines Vertrauens und mit wichtigen Geschäftspartnern, wie z.B. Bankenvertretern.

1) Dieses und das folgende Beispiel wurden entnommen bei Stützel, Aktienrechtsreform und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. II, S. 968. Vgl. auch die Fälle bei Lenel S. 159; Großfeld, S. 30, bringt das klassische amerikanische Beispiel: J.P. Morgan erwarb im Jahre 1910 51% des Gesamtkapitals (100 000 \$) der Equitable Life Assurance Society für 3 Mio.\$, obgleich die Jahresdividende gesetzlich auf 7% des Nominalwertes des Aktienkapitals beschränkt war. Auf dem Wege über die Dividende hätte Morgan für sein Kapital also höchstens eine Verzinsung von $3\,570 \$ = 0,119\%$ erhalten. Der entscheidende Gesichtspunkt für den Erwerb war hier die Tatsache, daß die Herrschaft über die Equitable Life Assurance Society die Kontrolle über Investitionen in Höhe von 504 Mio \$ bedeutete.

Statt zu überwachen, bestimmt der Aufsichtsrat die Richtlinien der Geschäftsführung, während der Vorstand zum Weisungsempfänger wird. "Im äußersten Falle wird der Vorstand zum Angestellten, die Gesellschaft zur Organisationsform für eine Betriebsabteilung".¹⁾ Soll die Gesellschaft einem Konzern angegliedert werden, so wird, um die erstrebte einheitliche Leitung der verschiedenen Konzerngesellschaften zu gewährleisten, zunächst die Verwaltung der abhängig gewordenen Gesellschaft mit Persönlichkeiten aus der Konzernspitze besetzt; in der Regel läßt sich der Vorstand der Muttergesellschaft in den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft wählen.²⁾ Wie wenig Beachtung die aktienrechtliche Kompetenzverteilung in solchen Fällen findet, zeigt der folgende Passus aus der Geschäftsordnung des Vorstandes eines Konzerns:³⁾ "Über die Bestellung von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern in den Tochtergesellschaften ist, unbeschadet der Rechte der Aufsichtsräte der Tochtergesellschaften, im Vorstand zu beschließen,"

Von der Konzeption des Gesetzes bleibt also in der Praxis nicht mehr viel übrig. Vor allem die nach dem Gesetz grundsätzlich unbeschränkte Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes ist in vielen Fällen weitgehend aufgehoben. Dies beruht in erster Linie darauf, daß es dem Vorstand vielfach nicht möglich ist, das Maß an Unabhängigkeit zu bewahren, welches das Gesetz bei ihm voraussetzt⁴⁾.

1) RegE S. 215; dazu auch: Mestmäcker S. 113 ff., Rasch S. 373 ff.

2) Werth, Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft S. 56; Friedlaender, Konzernrecht S. 138.

3) Vgl. Anlagenband zur Konzentrationsenquete, zu BT-Drucksache IV/2320, S. 573.

4) Vgl. oben S. 52/53.

5. Die Auswirkungen der Beherrschung auf die Interessenlage der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger

Außenstehende Aktionäre und Gläubiger sind gleichermaßen am Wohlergehen der Gesellschaft interessiert. Wer sein Geld in Aktien anlegt, tut dies entweder in der Hoffnung auf eine angemessene Rendite in Form von Dividenden und Kurssteigerungen oder in Erwartung eines schnellen Spekulationsgewinns.¹⁾ In beiden Fällen liegt eine möglichst hohe Gewinnmaximierung in der von der Gesellschaft betriebenen Unternehmung im Interesse des Aktionärs²⁾³⁾.

Für die Gläubiger hängt die Realisierung ihrer Forderungen vom unternehmerischen Erfolg der Gesellschaft ab; solange diese erfolgreich wirtschaftet, kann jeder Gläubiger mit seiner Befriedigung rechnen. Insofern ist es berechtigt von einer "Identität von Gläubiger- und Aktionärsinteresse" zu sprechen⁴⁾.

-
- 1) Mit den Motiven der Kapitalgeber befaßt sich eingehend Dülfer, Die Aktienunternehmung S. 83 ff.
 - 2) Weisser, Der Gewinn der Aktiengesellschaft im Spannungsfeld zwischen Gesellschaft und Aktionären S. 31, weist aber mit Recht darauf hin, daß für den Spekulationsaktionär der im Unternehmen erzielte Gewinn nur insoweit interessant ist, als er geeignet ist, einen Kursgewinn herbeizuführen.
 - 3) Gedanklich liegt dem Gesetz der Typ des Anlageaktionärs zugrunde, d.i. der auf Anlage und Ertrag gleichermaßen bedachte Aktionär, "der das Streben nach möglichst günstigem Ertrag seiner Beteiligung mit dem Streben nach einer gesunden wirtschaftlichen Fundierung dieser Beteiligung im Unternehmen in Einklang zu bringen vermag", Weisser a.a.O. S. 33.
 - 4) Mestmäcker, Verwaltung S. 326.

a) Die Interessen aller Aktionäre sind gleichgerichtet

Die Beherrschung der Gesellschaft durch einen Großaktionär wirkt sich solange nicht nachteilig auf die Interessenlage der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger aus, solange auch der Großaktionär die Gewinne in der Gesellschaft maximieren will. Die Machtergreifung als solche ist das legitime Recht der Mehrheit. Derjenige, der das größte Kapitalrisiko trägt, muß auch den größten Einfluß auf die Geschicke der Gesellschaft haben. Die Umgestaltung der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung wirkt sich erst dann negativ aus, wenn sie zu Schädigungen der Gesellschaft ausgenutzt wird; solange dem Großaktionär am Wohlergehen der Gesellschaft liegt, hat die Modifizierung der Organfunktionen nur formale Auswirkungen¹⁾.

Eine Schädigung der Gesellschaft kann zwar dann eintreten, wenn der Machteinfluß des Großaktionärs sich nachteilig auf die Geschäftslage auswirkt. Schlechte und erfolglose Geschäftspolitik bedeuten für die Aktionäre Dividendenkürzung und Kursverluste, für die Gläubiger eine Gefährdung ihrer Forderungen. Doch ist dies keine Besonderheit, die sich gerade aus dem Vorhandensein eines beherrschenden Großaktionärs ergibt. Die gleichen Folgen treten auch bei anders strukturierten Gesellschaften auf, wenn Mehrheitsbeschlüsse schlecht sind oder das Management versagt. Außerdem ist zu bedenken, daß der Großaktionär relativ die gleichen Verluste trägt wie die übrigen Aktionäre, und absolut gesehen sogar die meisten, so daß ein unternehmerischer Erfolg in seinem eigenen Interesse liegt. Die Minderheit erleidet also keine Sonderschäden, vor die sie ein besonderer Minderheitenschutz bewahren müßte; die allgemeinen Schutzvorschriften²⁾ sind ausreichend. Umgekehrt erzielt der Großaktionär keine Sondervorteile, wenn

1) Begründung RegE S. 215.

2) z.B. § 93 AktG.

seine Einflußnahme Erfolg hat; die übrigen Aktionäre nehmen im Verhältnis ihrer Anteile daran teil¹⁾. Auch die mit der Innehabung der Macht u.U. verbundenen finanziellen Vorteile, wie z.B. Aufsichtsratsstantiemen, stellen keine Bevorzugung des einen und Benachteiligung der übrigen Aktionäre dar. Diese Zuwendungen sind in der Verfassung vorgesehen und können keine Veränderung der Interessenlage der Beteiligten bewirken.

Das Vorhandensein eines Großaktionärs in der Gesellschaft wirkt sich also nicht nachteilig auf die Interessenlage der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger aus, solange die Interessen aller Beteiligten gleichgerichtet sind. Dies gilt auch dann, wenn der Großaktionär die gesamte Macht unter seine Kontrolle gebracht hat.

b) Der Großaktionär verfolgt gesellschaftsfremde Sonderinteressen

Die Interessenlage in der Gesellschaft gestaltet sich wesentlich anders, wenn der Großaktionär eigene, gesellschaftsfremde Sonderinteressen²⁾ verfolgt, wenn sich sein Verhalten nicht mehr am Wohlergehen der Gesellschaft (und damit aller Aktionäre) orientiert, sondern am eigenen Wohl oder dem gesellschafts-

1) Stützel a.a.O. S. 963.

2) Filbinger S. 49, spricht von "Verfolgen gesellschaftsfremder Sondervorteile."

fremder Personen¹⁾. In diesem Fall nutzt er seine Macht rücksichtslos dazu aus, sich selbst oder ihm nahestehende Dritte auf Kosten der Gesellschaft zu bereichern. Die mit der Schädigung der Gesellschaft notwendig verbundene Selbstschädigung wird den Großaktionären nicht von einem Machtmißbrauch abhalten, solange er erwarten kann, daß die Vorteile die Nachteile überwiegen²⁾. Schädigt er die Gesellschaft auf Kosten einer anderen, an der er gleichfalls maßgeblich beteiligt ist, - dieses ist die typische Konzernsituation - so muß er an der begünstigten Gesellschaft höher beteiligt sein, als an der benachteiligten, wenn sich die Maßnahmen für ihn lohnen sollen.³⁾ Dem Verlust in Höhe der Beteiligung an der geschädigten Gesellschaft entspricht der Gewinn der gleich hohen Beteiligung an der begünstigten Gesellschaft. In Höhe der darüber hinausgehenden Beteiligung an der begünstigten Gesellschaft entsteht für ihn ein Gewinn, dem ein Verlust derjenigen Aktionäre entspricht, die ausschließlich an der geschädigten AG beteiligt sind.

Die Formen und Arten der Schädigungen sind zahlreich. Zu nennen ist in erster Linie die Gruppe der sog. unfairen Verträge. Die Vertragsfreiheit, eines der konstituierenden Prinzipien der freien Verkehrswirtschaft⁴⁾, ist wegen der

1) Durch ein solches Verhalten ist der Tatbestand der Abhängigkeit gekennzeichnet, vgl. Kronstein, Die abhängige juristische Person, S. 6/7: "Die Selbständigkeit der Willensbildung wie der Eigenzweck der in der juristischen Person verkörperte Organisation ist... nur noch ein scheinbarer. Ihr Wille wird von außen entscheidend beherrscht, ihre Zwecke liegen in größerem oder geringerem Umfange außerhalb ihrer selbst, ihr einziges Ziel ist nicht mehr möglichst großer eigener Erfolg, sondern mehr oder weniger ausschließlich Herbeiführung von Vorteilen bestimmter Mitglieder oder gänzlich Fremder."

2) Filbinger S. 49.

3) Mestmäcker S. 28.

4) Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 275 ff.

Beherrschung des einen Partners durch den anderen nicht imstande, hier ihre Funktion des Interessenausgleichs zu erfüllen¹⁾. Der Großaktionär macht sich die Rechtsinstitute Vertrag und juristische Person für seine eigenen Interessen nutzbar²⁾. Er veranlaßt den Vorstand der Gesellschaft mit ihm oder Dritten Verträge zu schließen, die mit diesem Inhalt zwischen zwei rechtlich und wirtschaftlich verschiedenen Personen nicht zustandegekommen wären. Kennzeichnend ist das Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung, gemessen am freien Markt.

Tatbestandsmäßig handelt es sich um Fälle von verdeckten Gewinnausschüttungen³⁾, worunter nach der Rechtsprechung des RfH⁴⁾ im Steuerrecht jeder Vorteil zu verstehen ist, den eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern oder diesen nahestehenden Personen zuwendet, den sie aber dritten, der Gesellschaft fremd gegenüberstehenden Personen nicht einräumen würde. Dabei ist nicht notwendig, daß der Vorteil allen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Anteile gewährt wird. Eine verdeckte Gewinnausschüttung kann vielmehr auch vorliegen, wenn nur einigen oder gar nur einem Gesellschafter oder einer den Gesellschaftern nachstehenden Person solche Vorteile zugewendet werden.⁵⁾ Verdeckte Gewinnausschüttungen in dieser Form sind Schulfälle⁶⁾ des Mehrheitsaktionärs, der seinen Einfluß auf die Verwaltung benutzt, um sich gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft

1) Ähnl. Würdinger, Zur Reform des Konzernrechts, in: Festschrift für W. Schmidt, S. 284.

2) Mestmäcker, Verwaltung S. 232.

3) v. Falkenhausen, Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften (AG und GmbH) S. 61; Mestmäcker S. 238; Fehrensens, Die Treuepflicht des Großaktionärs, Diss. Göttingen 1965, S. 19; vgl. Ballerstedt, Kapital usw. S. 112 ff.

4) RfH v. 19.12.1935, RStBl. 1936, 252; vgl. auch Bühler, Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne S. 121.

5) Lange, Verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 27 ff.

6) Mestmäcker a.a.O.

oder ihrer Aktionäre zu verschaffen.¹⁾²⁾

Das steuerrechtliche Institut der verdeckten Gewinnausschüttungen³⁾ findet hier deswegen Erwähnung, weil es im wesentlichen die gleichen Sachverhalte erfaßt, die aktienrechtlich einen Schutz der Minderheit vor dem gesellschaftsfremde Sonderinteressen verfolgenden Großaktionäre erforderlich machen⁴⁾. Während zivilrechtliche Entscheidungen zu diesem Fragenkreis so gut wie gar nicht vorliegen,⁵⁾ gibt es zahlreiche steuerrechtliche Entscheidungen, die uns die typischen Fallgestaltungen zugänglich machen.⁶⁾ Die Ursache dafür ist vor allem in dem besonders regen Interesse der Steuerbehörden zu sehen, die auch dann noch tätig werden können, wenn ordentlichen Gerichten die Einsicht in diese Sachverhalte wegen vorhandener Schiedsgerichtsklauseln verwehrt ist.⁷⁾ Außerdem fehlt den

-
- 1) Dazu die Entscheidung des BFH v.9.3.1962 (BStBl. III S. 338) wonach insbesondere eine Kapitalgesellschaft als eine einem Gesellschafter nahestehende Person angesehen wird, wenn sie von einer Schwestergesellschaft, deren Anteile im Eigentum desselben Gesellschafters stehen, dem die Anteile an der begünstigten Kapitalgesellschaft gehören, einen Vorteil zugewendet erhält.
 - 2) Bei einer gleichmäßigen Bevorzugung aller Aktionäre ist die verdeckte Gewinnausschüttung dagegen kein Problem des Minderheitenschutzes, wie v. Falkenhausen a.a.O. S. 56 mit Recht hervorhebt.
 - 3) Zur aktienrechtlichen Bewertung der verdeckten Gewinnausschüttungen siehe Kropff, Der "faktische Konzern" als Rechtsverhältnis, in: DB 1967, 2148.
 - 4) Dem Steuerrecht geht es aber nicht um die Verwirklichung eines Minderheitenschutzes, sondern um die genaue Ermittlung des zu versteuernden Einkommens der Gesellschaft und der Gesellschafter. Durch verdeckte Gewinnausschüttungen will man der Doppelbesteuerung entgehen. Man versucht deswegen den Gewinn der Kapitalgesellschaft um die Sonder Vorteile zu verringern, und läßt diese nur beim begünstigten Gesellschafter als steuerbares Einkommen anfallen.
 - 5) Verf. ist kein Fall bekannt, daß versucht worden ist, einen herrschenden Aktionär aufgrund von § 101 AktG 1937 zur Verantwortung zu ziehen. Eine Durchsicht sämtlicher Kommentare, Lehrbücher und Entscheidungssammlungen bestätigt dieses Ergebnis.
 - 6) Auch Stützel a.a.O., S. 976 sieht eine Diskrepanz zwischen der Zahl der durch die Finanzbehörden festgestellten versteckten Gewinnausschüttungen und den Fällen, die als Verstoß gegen §§ 54, 101, 197 AktG 1937 beanstandet worden sind.
 - 7) Rasch, Deutsches Konzernrecht, S. 28.

Minderheitsaktionären vielfach die genaue Kenntnis dieser Vorgänge, so daß wegen der Beweisschwierigkeiten ein gerichtliches Vorgehen gegen den herrschenden Aktionär oder die Verwaltung von vornherein aussichtslos erscheint.¹⁾ Die aktienrechtlichen Publizitätsinstitutionen, wie z.B. der Geschäftsbericht und das Auskunftsrecht in der Hauptversammlung, haben sich als ungeeignet erwiesen, die Beziehungen zwischen Verwaltung und Großaktionär bis ins Detail transparent werden zu lassen.²⁾ Ob hier durch das neue Aktienrecht eine wesentliche Besserung eingetreten ist, erscheint zweifelhaft.³⁾ Festzuhalten bleibt, daß die steuerrechtlich erheblichen Sachverhalte geeignet sind, einen Eindruck von den mannigfaltigen Möglichkeiten des Großaktionärs zu vermitteln, durch den Abschluß unfairer Verträge gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erzie-

1) So die Begründung zu § 301 RegE, bei Kropff S. 411; Gessler, Der Schutz der abhängigen Gesellschaft, Festschrift für W. Schmidt, S. 254; Rasch, Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform, S. 44.

2) Begründung RegE a.a.O.

3) Nach § 312 AktG muß der Vorstand im sog. Abhängigkeitsbericht detailliert über die Beziehungen der Gesellschaft zu dem herrschenden Unternehmen berichten. Dieser Bericht wird von den Abschlußprüfern auf seine Richtigkeit geprüft. Bei Beanstandungen kann jeder Aktionär Sonderprüfung beantragen. Diese Regelung hat mehrere Schwächen:

1. Nur die Beziehungen zu Unternehmen (was auch immer das sein mag) werden durchleuchtet, nicht zu sonstigen Großaktionären.

2. Wann ist der Abhängigkeitstatbestand gegeben, der Voraussetzung für die Berichtspflicht ist? Wäre nicht die, gemäß § 17 Abs. 2 widerlegliche, Abhängigkeitsvermutung am besten durch den Abhängigkeitsbericht selbst zu widerlegen gewesen?

3. Ist den Abschlußprüfern, die mit den Stimmen den Großaktionärs gewählt worden sind und wiedergewählt werden möchten, zuzumuten, die Interessen der Minderheitsaktionäre zu wahren?

Ferner kann es sehr schwierig sein, die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung im Einzelfall zu beurteilen; hingewiesen sei nur auf die viel diskutierte Problematik der Konzernrechnungspreise. Zur Kritik der ganzen Regelung vgl. auch: Flume, Grundfragen S. 46; DJT -Konzernrecht, S. 40; Stützel S. 978; Rasch S. 146; Mestmäcker, Verwaltung S. 278 ff und in Festschrift für Kronstein S. 144 ff; Zöllner S. 332; Dülfer S. 219; Winkhaus, Der Bericht des Vorstandes einer Aktiengesellschaft über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen usw., Diss. Münster 1967.

len¹⁾

Die Gesellschaft gewährt Darlehen zu günstigen Bedingungen und nimmt Darlehen zu ungünstigen Bedingungen²⁾. Sie veräußert ihrem Großaktionär Vermögensgegenstände, wie Grundstücke³⁾ oder Beteiligungen⁴⁾ zu Preisen, die weit unter dem tatsächlichen Wert liegen. Sie vermietet oder verpachtet Grundstücke ohne den entsprechenden Zins zu erhalten, oder sie mietet oder pachtet zu einem weit überhöhten Zins⁵⁾. Der Aktionär läßt sich für Dienstleistungen, wie Geschäftsführer- oder Vorstandstätigkeit⁶⁾, Rechts- oder Steuerberatungen⁷⁾ fürstlich entlohnen, ohne daß das Entgelt auch nur annähernd den Marktverhältnissen entspräche. Verfügt er über weitere Unternehmungen, so kann er die beherrschte Gesellschaft zum Abnehmer teurer Rohstoffe oder Halbfertigwaren machen oder

- 1) Nur die Sachverhalte interessieren hier. Deswegen ist eine Stellungnahme zu der Kritik von Zöllner, Schranken, S.315 ff., an den Versuchen Ballerstedts, Kapital S. 112 ff. und Mestmäckers, S. 232 das steuerrechtliche Institut der verdeckten Gewinnausschüttung zur Bewältigung gesellschaftsrechtlicher Probleme fruchtbar zu machen, nicht erforderlich.
- 2) Mestmäcker, S. 227; Konzentrationsenquôte, S. 67; Lange, Verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 153 ff.
- 3) Vgl. z.B. die Entscheidung des BFH v. 16.11.1965 (BStBl.1966, III, S. 97 ff): Der Hauptaktionär setzte die Verwaltung unter Druck und erwarb von der AG ein Grundstück für 370 000 DM, für das ein Dritter ca. 1,5 Mio.DM geboten hatte.
- 4) Vgl. BFH v. 7.10.1964 (BStBl. 1965, III, S. 99): Die Gesellschaft verkauft dem mit 76% beteiligten Großaktionär eine Beteiligung für 250 000 DM, deren wahrer Wert nach Ansicht des BFH mindestens 400 000 DM betrug. Vgl. ferner den in der Konzentrationsenquôte geschilderten Fall, S. 67: Eine AG verkaufte eine wertvolle Beteiligung erheblich unter dem Buchwert an eine Schweizer Holding, Hinter der Holding stand mit großer Wahrscheinlichkeit der Mehrheitsaktionär.
- 5) Lange S. 162 ff; Westerfelhaus/Glade, Verdeckte Gewinnausschüttung als steuerrechtliches und betriebswirtschaftliches Problem, S. 207 ff.
- 6) Lange S. 167 ff; umfassend: Westerfelhaus/Glade, S. 43 ff; Mestmäcker S. 226.
- 7) Siehe Konzentrationsenquôte S. 67 zu den sog. Gestionsgebühren im Konzern.

zum Lieferanten billiger Zubehörteile für seine eigene Produktion.¹⁾ Doch auch im außervertraglichen Bereich bieten sich Chancen, die Macht zum eigenen Vorteil auszunutzen. Die durch die Herrschaft verbesserten Informationsmöglichkeiten (insider information) über die gegenwärtige Lage der Gesellschaft oder über sich abzeichnende Entwicklungen und Veränderungen der Situation können an der Börse²⁾ gewinnbringend eingesetzt werden. Die Wettbewerbssituation der Gesellschaft kann durch entsprechende Weisungen entscheidend verändert werden, etwa zugunsten einer anderen Unternehmung, die dem Großaktionär gleichfalls gehört; zu denken ist an Verzicht auf Geschäftschancen, Verzicht auf Investitionen oder Stilllegung bestimmter Betriebe bzw. Betriebsteile³⁾. Schließlich sind zu nennen der Entzug qualifizierter Arbeitskräfte, die Ausbeutung von Patenten und die unentgeltliche Verwertung von "know how"⁴⁾.

6. Zusammenfassung

Die Aktiengesellschaft hat im Laufe der Zeit einen tiefgreifenden Strukturwandel erfahren. Sie ist nur noch in Ausnahmefällen die Vereinigung gleich mächtiger Kapitalgeber, die durch das gemeinsame Interesse am Wohlergehen der Gesellschaft einander verbunden sind. Kennzeichnend für die heutige Situation ist die Herrschaft von Managern, Banken und Großaktionären über die mit Mitteln zahlreicher Kleinaktionäre (mit) finanzierten Unternehmungen. Das Vorhandensein eines Großaktionärs in der Gesellschaft wirkt sich dann

1) Fehrensens S. 18 ff; Zöllner S. 79.

2) Lipfert, Gefahren der Konzentration für den Streubesitz, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. III, S. 1675; Stützel a.a.O. S. 951.

3) Zöllner, a.a.O.; Fehrensens S. 18 ff.

4) Zöllner, Einführung in das Konzernrecht, in: JuS 1968, S. 299 und Schranken S. 79.

nachteilig auf die Interessenlage von Minderheitsaktionären und Gläubigern aus, wenn der Großaktionär seine Macht nicht im Interesse der Gesellschaft ausübt, sondern wenn er gesellschaftsfremde Sonderinteressen verfolgt. Jedem Sondervorteil, den er sich verschafft, entspricht ein Nachteil bei der Gesellschaft. Die Schädigung der Gesellschaft bewirkt zugleich eine Schädigung der Aktionäre, weil der Wert ihrer Beteiligung entscheidend von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft abhängt. Für die Gläubiger führt jeder Vermögensverlust ihrer Schuldnerin zu einer Entwertung ihrer Forderungen.

II. Die Statuierung der Mitteilungspflicht als Maßnahme zum Schutz der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger

Die Kollision der Interessen¹⁾ des Großaktionärs mit denen der außenstehenden Aktionären und Gläubiger ist vom Gesetzgeber gesehen und als gesetzgeberische Aufgabe anerkannt worden. Der Gegensatz zwischen dem Begehren des Großaktionärs, seine Macht möglichst uneingeschränkt und nach eigenem Gutdünken ausüben zu können, und dem Begehren der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger, durch strukturelle Veränderungen der Gesellschaft keine Vermögensnachteile zu erleiden, war das Kernproblem der Aktienrechtsreform von 1965. Die Schöpfer des Aktiengesetzes 1965 sind von dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aktionäre ausgegangen. Sie bemühten sich, die im einzelnen zu regelnden Konfliktsituationen von diesem Grundsatz her zu sehen, und entsprechende Rechtsfolgen anzuordnen. Dabei galt es, den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und Erfordernissen Rechnung zu tragen. Das

1) In diesem Zusammenhang ist unter "Interesse" nach Westermann zu verstehen, "die Begehrensvorstellungen, die die Beteiligten haben oder haben müssen, wenn sie eine für sie günstige Regelung anstreben," vgl. Westermann, Verhältnis S.23.

Ergebnis der Reformbemühungen ist ein Aktiengesetz, welches einerseits die uneingeschränkte Machtausübung durch den Großaktionär in bestimmten Fällen zuläßt, andererseits außenstehende Aktionäre und Gläubiger weitgehend in ihren Vermögensinteressen schützt¹⁾.

Die in § 20 AktG statuierten Mitteilungspflichten gehören zu den neu geschaffenen Schutzvorrichtungen²⁾. Sie dienen dem Zweck, "die Aktionäre, die Gläubiger und die Öffentlichkeit über geplante und bestehende Konzernverbindungen besser zu unterrichten und die vielfach auch für die Unternehmensleitung selbst nicht erkennbaren wahren Machtverhältnisse in der Gesellschaft deutlicher hervortreten zu lassen. Ferner soll die Rechtssicherheit bei der Anwendung derjenigen Vorschriften, die an die Höhe einer Beteiligung anknüpfen, erhöht werden."³⁾ Die Offenlegung der Machtverhältnisse soll die Möglichkeiten verbessern, Machtmißbräuchen durch eine entsprechende Verantwortung begegnen zu können.⁴⁾ Das Gesetz knüpft z.T. an die Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile durch den Großaktionär strenge Haftungsvorschriften an. Wegen der rechtlichen Möglichkeit die mit der Innehabung von einem Viertel bzw. der Hälfte der Aktien einer AG verbunden sind, wäre eine Statuierung der Publizitätspflicht nicht erforderlich gewesen. Allein aus der Möglichkeit, bestimmte Beschlüsse der Hauptversammlung herbeiführen oder verhindern zu können, ergeben sich für die Minderheitsaktionäre und die Gläubiger noch keine Gefahren, die einen so weitgehenden Eingriff in das Geheimhaltungsinteresse des Großaktionärs rechtfertigen

1) Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. dazu die Darstellungen von Kropff, BB 1965, 1281 ff; Gessler, Probleme des neuen Konzernrechts, DB 1965, 1691 ff und 1729 ff; Wilhelmi, Das neue Aktiengesetz, Die Aktiengesellschaft 1965, S. 153 ff.

2) So auch Duden, Über den Minderheitenschutz im deutschen Konzernrecht, S. 78.

3) Begründung RegE, bei Kropff, S. 38.

4) Begründung RegE, bei Kropff, S. 39.

können. Schädigungen der Gesellschaft, und damit der Publizitätsadressaten, sind in erheblichem Umfang nur durch Einflußnahmen auf die Geschäftsführung der Gesellschaft möglich; die oben dargestellten Fälle von verdeckten Gewinnausschüttungen zeigen das ganz deutlich¹⁾. Da aber der Großaktionär nach § 119 Abs. 2 i.V. mit § 76 AktG auf die Geschäftsführung keinen Einfluß nehmen kann, ist seine Macht rechtlich nicht gefährlich.

Gefährlich für die Publizitätsadressaten ist allein die faktische Macht des Großaktionärs. Es ist aufgezeigt worden, daß ein Großaktionär, der die Macht in der Gesellschaft übernehmen will, zu diesem Zweck die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung völlig umgestaltet. Er ist dann nicht mehr auf die Beeinflussung von Hauptversammlungsbeschlüssen beschränkt, sondern kann selbst über Geschäftsführungsmaßnahmen bestimmen. Damit eröffnen sich ihm mannigfaltige Möglichkeiten gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erzielen.²⁾

Allein wegen dieser faktischen Möglichkeiten hat der Gesetzgeber die Publizitätspflicht geschaffen. Das wird deutlich, wenn man andere Schutzvorschriften in die Betrachtung mit einbezieht, die ersichtlich auf die defacto Lage zugeschnitten sind. So bestimmt § 317 AktG: "Veranlaßt ein herrschendes Unternehmen eine abhängige Gesellschaft, mit der kein Beherrschungsvertrag besteht, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen, oder zu ihrem Nachteil eine Maßnahme zu treffen oder zu unterlassen, ohne daß es den Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahres tatsächlich ausgleicht oder der abhängigen Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf einen zum Ausgleich bestimmten Vorteil gewährt, so ist es der Gesellschaft zum Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens verpflichtet". Und in § 117 AktG heißt es: "Wer vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats, einen Prokuristen oder einen Handlungsbevollmächtigten dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln,

1) Siehe oben S. 63 ff.

2) Siehe oben a.a.O.

ist der Gesellschaft zum Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens verpflichtet." Der Schutz der Gesellschaft durch die Drohung mit einer strengen Haftung wird nach der Vorstellung des Gesetzes verbessert, wenn der potentielle Schädiger bekannt ist. Außenstehende Aktionäre und Gläubiger wissen, daß es in der Gesellschaft einen Aktionär gibt, der in der Lage ist, die gesamte Macht an sich zu reißen und gesellschaftsfremde Sonderinteressen zu verfolgen. In Verbindung¹⁾ mit den übrigen Schutzvorschriften soll die Publizität des Anteilsbesitzes eine Wahrung ihrer Vermögensinteressen bewirken.

Inwieweit die Mitteilungspflicht diese Funktion in der Praxis erfüllt, kann nicht übersehen werden, da entsprechende Erfahrungsberichte noch nicht vorliegen. Ob man überhaupt jemals die Wirkung der Mitteilungspflicht bestimmen kann, erscheint sehr zweifelhaft; die Kausalität der Publizität für gesetzestreuere Verhalten ist nicht meßbar. Daher ist bei der Auslegung nur von der vom Gesetzgeber gewollten Funktion auszugehen.

Auch Nebenwirkungen, die sich in der Praxis zeigen, müssen außer Betracht bleiben. So ist in der Reformdebatte verschiedentlich darauf hingewiesen worden, daß die Mitteilungspflichten die Konzentration der Wirtschaft erschweren würden. Das frühzeitige Bekanntwerden von Beteiligungsplänen würde die Kurse in die Höhe treiben; den Aktionären würde ein

1) Die Mitteilungspflicht ergänzt also die übrigen Schutzvorschriften. Insofern ist es falsch, § 20 AktG einen "Mißtrauensparagrafen" zu nennen, der aus dem Mißtrauen gegenüber der Wirksamkeit der Vorschriften über die verbundenen Unternehmen entstanden ist. (Vgl. die Diskussionsbeiträge von Flume und Jahr, Das Frankfurter Publizitätsgespräch S. 186 und 208).

Spekulationsgewinn zufallen, der ihnen nicht gebührt; die Wirtschaft müßte Konzentrationen - auch solche die volkswirtschaftlich erwünscht und gerechtfertigt sind - sehr teuer erkaufen. Aus diesem Grunde lehnten sowohl Interessenvertreter als auch einige Vertreter der Wissenschaft die Publizitätsregelung ab.¹⁾

Aus genau dem gleichen Grund wurde sie von anderer Seite befürwortet:²⁾ Die Mitteilung signalisiere eine Marktstörung; der bisherige Kurs drücke den Marktwert nicht richtig aus, denn der Aufkäufer messe den Aktien offensichtlich einen höheren Wert bei als die bisherigen Aktionäre. Gerade die zu niedrigen Kursen hätten z.T. die zunehmende

1) Spitzenverbände, Gemeinsame Denkschrift zum Referentenentwurf eines Aktiengesetzes S. 41 ff; Rautmann, Probleme aus dem Recht der Unternehmensverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, in: Beiträge zur Aktienrechtsreform S. 163; Hartmann, Konzernrecht und Aktienrechtsreform, in: Marburger Aussprache S. 61.

Auch v. Caemmerer, Publizitätsinteressen der Öffentlichkeit und Gesellschaftsrecht (das Frankfurter Publizitätsgespräch S. 180 ff) sah in der Mitteilungspflicht eine Waffe gegen die Konzernbildung. Er sah das gesetzgeberische Abwägungsproblem vornehmlich unter diesem Gesichtspunkt: Einerseits das Interesse der Aktionäre an der Erhaltung der Selbständigkeit ihrer Gesellschaft, andererseits das gesamtwirtschaftliche Interesse nützliche Konzernverbindungen nicht zu erschweren.

2) Strauß, Grundlagen und Aufgaben der Aktienrechtsreform S. 21.

Unternehmenskonzentration begünstigt.¹⁾

Die als Nebenfolge der Mitteilung möglicherweise auftretenden Kurssteigerungen werden also, je nach eigenem wirtschaftlichen Interesse oder wirtschaftspolitischem Standort verurteilt oder begrüßt.

Das Aktiengesetz hat bewußt eine Stellungnahme zur Konzentrationsproblematik vermieden.²⁾ Seine Verfasser haben ausdrücklich klargestellt, daß konzentrationshemmende Wirkungen der Mitteilungspflicht lediglich Nebenwirkungen sind, die mit dem eigentlichen Ziel der Vorschrift nichts zu tun

1) Diesen Gesichtspunkt stellen insbesondere Stützel a.a.O., S. 959 ff und Großfeld S. 30, heraus: Die Konzentration durch Beteiligungserwerb beruht nach ihrer Ansicht auf dem unterschiedlichen Interesse des Erwerbers und der Veräußerer von Aktien an dem Besitz der Aktien. Die Aktien konzentrieren sich bei denen, die das größte Interesse an ihrem Besitz haben. Die Höhe des Interesses hängt u.a. davon ab, in welchem Umfang die Innehabung eines Paketes die Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile ermöglicht. Durch Schutzvorschriften zugunsten der Minderheit wird dieses Interesse vermindert und die Konzentration verlangsamt. Als eine solche Schutzvorschrift begrüßte Stützel, a.a.O. S. 972, die Statuierung der Mitteilungspflicht.

Auch Großfeld, a.a.O. S. 43, sieht in der Meldepflicht eine "Maßnahme mit dem Ziel, die Unternehmenskonzentration von der inneren Struktur der Gesellschaft her zu steuern." Daß die Konzentration durch eine Verstärkung des Minderheitsschutzes gehemmt werden kann, betont auch Ballerstedt, Gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. II, S. 873.

2) Siehe dazu die allgemeine Begründung des RegE bei Kropff, S. 16: Das Aktiengesetz "muß den Konzern, dessen Verbot ernstlich nicht in Betracht gezogen werden kann, als eine gegebene Erscheinungsform unseres Wirtschaftslebens hinnehmen. Es kann auch nicht entscheiden, ob eine Unternehmensverflechtung im Einzelfall aus technischen, volkswirtschaftlichen oder sonstigen anzuerkennenden Gründen erwünscht oder etwa wegen der Gefahr einer Beschränkung des Wettbewerbs oder einer übermäßigen Machtzusammenballung unerwünscht ist. Entsprechend der allgemeinen Aufgabe des Aktienrechts, die Aktionäre und Gläubiger der einzelnen Gesellschaft angemessen zu schützen und die Verhältnisse der Gesellschaft durch Publizitätsvorschriften erkennbar zu machen, muß es sich auf konzernrechtlichem Gebiet darauf beschränken, die Unternehmensverbindungen rechtlich zu erfassen, sie durch Publizitätsvorschriften durchsichtig zu machen und Schutzvorschriften für die außenstehenden Aktionäre und die Gläubiger der verbundenen Unternehmen zu treffen."

haben.¹⁾ Dieses ist in erster Linie: Publizität der Macht in der Gesellschaft als Mittel zur Verhütung von Machtmißbräuchen des Großaktionärs. Dem Auslegenden stellt sich die Aufgabe, den Unternehmensbegriff so zu bestimmen, daß dieser Gesetzeszweck so weit als möglich verwirklicht wird.²⁾

III. Das Erfordernis eines Schutzes vor jedem Aktionärstyp

Das Vorhandensein eines Großaktionärs in der Gesellschaft ist mit Gefahren für außenstehende Aktionäre und Gläubiger verbunden. Zweck der Mitteilungspflicht ist der Schutz vor diesen Gefahren. Zur Mitteilung verpflichtet ist nicht jeder Großaktionär, sondern nur ein solcher, der Unternehmen ist. Soll die Vorschrift des § 20 AktG ihren Zweck erfüllen, so muß mit dem Unternehmensbegriff diejenige Kategorie von Aktionären erfaßt sein, die als Schädiger in Betracht kommt. Zu untersuchen ist daher, ob nur von bestimmten Großaktionären Gefährdungen der Aktionärs- und Gläubigerinteressen ausgehen, ob man diese Großaktionäre irgendwie klassifizieren kann, und ob man sie mit dem Unternehmensbegriff zusammenfassend bezeichnen kann.

Die institutionelle Lehre³⁾ bejaht die Meldepflicht nur für solche Großaktionäre, die über eine äußere Wirtschaftseinheit, ein Geschäft, kurz: über eine Institution, verfügen. Geht tatsächlich nur von solchen Aktionären die für § 20 relevante Gefahr aus? Kann man vielleicht von der Kaufmannseigenschaft⁴⁾

1) Kropff S. 40/41.

2) Larenz, Methodenlehre, S. 251.

3) Siehe oben S. 7.

4) z.T. wird ja von der Kaufmannseigenschaft auf die Unternehmenseigenschaft geschlossen, s.o. S. 31.

oder von der Rechtsform her die Einteilung zwischen gefährlichen und ungefährlichen Aktionären vornehmen? Ist vielleicht der Unternehmensbegriff identisch mit dem Begriff der Unternehmung, dem wirtschaftswissenschaftlichen Unternehmensbegriff also?¹⁾

Ein Blick in die Praxis der verdeckten Gewinnausschüttungen und in das aktienrechtliche Schrifttum²⁾ lehrt, daß die Schädigungen der Gesellschaft nicht auf bestimmte Typen von Großaktionären beschränkt sind. Es gibt keine Gruppe von Großaktionären, die nicht schon ihre Macht zum Nachteil von außenstehenden Aktionären mißbraucht hätte oder doch für fähig gehalten worden wäre, es zu tun. Vor allem trifft es nicht zu, daß lediglich Unternehmungen als Schädiger in Erscheinung treten³⁾. Gerade auch Privatpersonen haben vielfach versucht, gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erzielen, um sich persönlich zu bereichern. So kommt die Konzentrationsenquete⁴⁾ zu dem Ergebnis, daß bei den meisten der durch die Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft festgestellten Fälle der Verfolgung von Sondervorteilen der eigentlich Begünstigte die Person des Großaktionärs war. Und Filbinger⁵⁾ schildert überwiegend Fälle von Großaktionären, die sich eine Gesellschaft einseitig zu ihrem

1) Dies wird im Ergebnis von einigen Anhängern der institutionellen Lehre vertreten, vgl. z.B. Rasch S. 37 und Würdinger S. 263.

2) Konzentrationsenquete (BT-Drucksache, IV/232o) S. 67 ff; Filbinger S.4o ff; Rasch S. 278 ff; Lipfert a.a.O. S. 1673 ff.

Im ganzen sind die Arten der Schädigungen (dies wurde schon oben S. angedeutet) und die Typen der Schädiger noch wenig untersucht worden. Da auch sonst keine Unterlagen zur Verfügung standen, fehlt der Untersuchung teilweise eine Bestätigung durch Erfahrungen der Praxis.

3) Das vertritt im Grundsatz die institutionelle Lehre.

4) BT-Drucksache IV/232o S. 68.

5) a.a.O. S. 4o ff.

persönlichen Vorteil dienstbar gemacht haben. Auch aus der Rechtsprechung der Finanzgerichte sind viele verdeckte Gewinnausschüttungen bekannt geworden, die den Gesellschaftern persönlich zugeflossen sind¹⁾. Es zeigt sich auch, daß eine Bestimmung der Schädigertypen von der Rechtsform her an den Tatsachen vorbeigeht. Man kann nicht die Unternehmenseigenschaft von Privatpersonen leugnen, die von juristischen Personen aber, z.B. Gesellschaften mit beschränkter Haftung, grundsätzlich anerkennen²⁾. Entscheidend ist nur die Schädigungsgefahr; unerheblich ist, in welchem rechtlichen Gewand der Schädiger auftritt. Genau wie der Großaktionär ohne große Mühen eine GmbH gründen kann und diese zwischen sich und die Gesellschaft schalten kann, kann er auch eine eingeschaltete Holdinggesellschaft ausschalten und selbst als Aktionär auftreten. Die Interessenlage von Minderheitsaktionären und Gläubigern wird dadurch nicht berührt.

Auch die Studienkommission des Deutschen Juristentages hielt die Abhängigkeit der Gesellschaft von einem Aktionär in jedem Fall für gefährlich³⁾ und hat dementsprechend vorgeschlagen, durch die Einführung von Mitteilungspflichten jede sich anbahnende und bestehende Abhängigkeit transparent zu machen. Eine Beschränkung der Mitteilungspflicht auf bestimmte Aktionärstypen, wie z.B. Kapitalgesellschaften oder Unternehmen würden nach ihrer Ansicht dem rechtspolitischen Ziel

1) BFH, BStBl. 1966, III, S. 97; BFH, BStBl. 1965, III, S. 99; RFH, RStBl. 1937, S. 346; RFH, RStBl. 1932, S. 441; BFH, BStBl. 1955, III, S. 353. Vgl. ferner die von Mestmäcker, Verwaltung S. 226 ff, geschilderten Fälle.

2) So z.B. Raisch JZ 1966, S. 555.

3) DJT-Konzernrecht S. 7, 40.

der Vorschrift nicht gerecht werden.¹⁾

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß grundsätzlich jeder Großaktionärstyp eine Gefahr für die außenstehenden Aktionäre und Gläubiger darstellt, weil jeder Großaktionär fähig und im Einzelfall willens ist, gesellschaftsfremde Sonderinteressen zu verfolgen und die Gesellschaft zu schädigen. Daraus folgt, daß ein Schutz grundsätzlich gegenüber jedem Großaktionär erforderlich ist. Auf das konkrete Problem bezogen bedeutet das: Jeder Großaktionär müßte seine Beteiligung mitteilen.

Diese Schlußfolgerung darf hier jedoch nicht gezogen werden. Wortlaut und Entstehungsgeschichte sprechen eindeutig dagegen. Man mag, sicher mit Recht, die Unzulänglichkeit jeder anderen Regelung beklagen. Doch kann das nicht dazu führen, mit Hilfe der Auslegung eine gesetzgeberische Fehlleistung zu korrigieren. § 20 AktG verwendet nicht das Wort "jeder" oder "jedermann", sondern das Wort "Unternehmen". Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich,²⁾ daß die Wahl des Wortes bewußt geschah, um zum Ausdruck zu bringen, daß nur eine bestimmte Kategorie von Aktionären verpflichtet sein soll, einen Beteiligungserwerb mitzuteilen.

IV. Differenzierung unter den Aktionärstypen nach dem Grad der Gefahr für die Interessen der Publizitätsadressaten

Da einerseits theoretisch jeder Großaktionär als Schädiger der Gesellschaft in Betracht kommt, andererseits aber vom Unternehmensbegriff nur eine bestimmte Gruppe von Großaktionären erfaßt ist, ergibt sich die Notwendigkeit einer

1) DJT-Konzernrecht S. 70/71: "Für die Interessenwahrung des Publikumsaktionärs ist es gleichgültig, ob die Gesellschaft von einem Unternehmen oder einer anderen Person abhängig ist oder wird." Vgl. auch Flume, Grundfragen S. 40, u.d. Frankfurter Publizitätsgespräch S. 182, 186 ff, 189, 191, 192, 202.

2) Siehe oben S. 39 ff.

Differenzierung unter den verschiedenen Aktionärstypen. Der Ansatzpunkt hierfür kann der unterschiedliche Grad der Gefahr für die Interessen von außenstehenden Aktionären und Gläubigern sein.

1. Die besonderen Gefahren bei Abhängigkeit von einer Unternehmung

Außenstehende Aktionäre und Gläubiger sind in ihren Vermögensinteressen dann besonders gefährdet, wenn der Großaktionär eine Unternehmung¹⁾ ist, also "eine ökonomische Einheit, die Waren oder Leistungen für einen Markt produziert und dabei im Rahmen der gegebenen gesetzlichen Bindungen selbständig plant und entscheidet."²⁾ Unternehmungen haben i.d.R. mehr Möglichkeiten, sich gesellschaftsfremde Sonder Vorteile zu verschaffen, als sonstige Großaktionäre. Bei ihnen ist die Wahrscheinlichkeit größer, daß sie ihre, mit der Beteiligung erworbene, Macht zum Nachteil der Gesellschaft ausüben.

Ist eine Privatperson beteiligt, so kann sie versuchen, sich auf Kosten der AG persönlich zu bereichern. Sie kann Vermögensgegenstände, z.B. Grundstücke und Beteiligungen, der Gesellschaft auf sich übertragen lassen, oder Gegenstände ihres Privatvermögens zu überhöhten Preisen an die Gesellschaft verkaufen. Sie kann sich eine führende Position in der Leitung der Gesellschaft verschaffen, ohne hierfür die entsprechende Qualifikation zu besitzen. Sie kann auch die Gesellschaft veranlassen, für ihre persönlichen Schulden aufzukommen, sich zu verbürgen, oder als "Darlehen" getarnte Geldzuwendungen zu machen. Damit aber sind ihre Schädigungsmöglichkeiten weitgehend erschöpft. Bei Privatpersonen halten

1) Wie schon zu Anfang gesagt, wird mit dem Wort "Unternehmung" das wirtschaftswissenschaftliche Unternehmen bezeichnet.

2) So die Definition von Ganderberger, Was ist ein Unternehmen? S. 34.

sich Schädigungen nach Art und Umfang in bestimmten engen Grenzen; außerdem setzen sie immer eine sittlich verwerfliche Gesinnung des Großaktionärs voraus, die generell nicht vorhanden sein wird.

Anders ist es bei Unternehmungen. Hier sind Interessenkollisionen vorgegeben; Schädigungen der Gesellschaft liegen so nahe, daß es keines besonders negativen Charakters mehr bedarf, sie vorzunehmen¹⁾. Die Unternehmung hat zahlreiche Möglichkeiten, sich gesellschaftsfremde Sondervorteile zu verschaffen, die Privatpersonen nicht haben. So kann z.B. die herrschende Unternehmung die Gesellschaft veranlassen, die Produktion des Artikels XY einzustellen oder auf einer bestimmten Höhe zu belassen. Für eine Unternehmung, die mit der Gesellschaft auf dem XY-Markt konkuriert, ist eine solche Weisung von Vorteil, für sonstige Großaktionäre jedoch nicht. Sie haben keinen Ausgleich für die Nachteile, die sie durch die Schädigung ihrer eigenen Gesellschaft selbst erleiden, während die Unternehmung Wettbewerbsvorteile erhält. Unternehmungen können die Unternehmung der Gesellschaft für ihre eigene Produktion nutzbar machen,²⁾ indem sie sie beispielsweise zum Lieferanten relativ - Maßstab ist der freie Markt - billiger Rohstoffe oder Halbfertigwaren machen oder zum Abnehmer ihrer eigenen, relativ teuren, Produkte³⁾. Unfaire

1) So auch Filbinger, S. 49.

2) Dazu umfassend Mestmäcker, Verwaltung S. 303 ff; vgl. auch Stützel, S. 941 ff.

3) Rasch S. 281; Mestmäcker a.a.O. und S. 367; Lipfert S. 1676; Stützel a.a.O. Typisch hierfür sind die Aussagen eines Sachverständigen vor dem Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft (vgl. Enquête, I. Unterausschuß, 3. Arbeitsgruppe, Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen, I. Teil: Wandlungen in den Rechtsformen der Einzelunternehmen und Konzerne), S. 333 ff: Lieferanten übernehmen die Macht in der Gesellschaft ihres Abnehmers. Der Sachverständige charakterisierte die Einstellung der neuen Machthaber mit den Worten: "Was ich als Lieferant verdiene, brauche ich als Aktionär nicht mehr verdienen."

Verträge, die bei Privatpersonen schon aus technischen Gründen nur vereinzelt vorkommen, sind hier eine Massenerscheinung. Unternehmungen in ihrer typischen Erscheinungsform nehmen ständig mit Hilfe der Produktionsfaktoren Arbeitskraft, Betriebsmittel und Werkstoffe aktiv am Wirtschaftsleben teil, produzieren große Werte und tätigen ständig Umsatzgeschäfte. Hier bieten sich für unfaire Verträge viel mehr Ansatzpunkte als bei sonstigen Großaktionären.¹⁾ Auch Weisungen ohne rechtsgeschäftlichen Charakter können viel häufiger zur Erzielung gesellschaftsfremder Sondervorteile erteilt werden. Für Privatpersonen ist grundsätzlich jede Beeinflussung der Produktion der Gesellschaft, die sich nachteilig auf die Ertragslage auswirkt, eine Selbstschädigung, weil sie nicht die Möglichkeit haben, die durch die Schädigung der Gesellschaft bewirkte Entwertung ihrer Aktien durch anderweitige Vorteile auszugleichen. Dagegen können Unternehmungen durch Einflußnahme auf die Geschäftspolitik der Gesellschaft ihre eigene wirtschaftliche Lage entscheidend verbessern, und Vorteile erzielen, die größer sind als die durch die Selbstschädigung entstehenden Nachteile. Geht die Einflußnahme der herrschenden Unternehmung so weit, daß sie über die Unternehmung der Gesellschaft im ganzen verfügt, so ist gesellschaftsrechtlich und wirtschaftlich der Tatbestand der Konzernierung verwirklicht.²⁾ In Übereinstimmung mit der üblichen Anschauung in der Praxis spricht das Gesetz³⁾ dann von einem Konzern, wenn "ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt" sind. Beteiligt sich eine Unternehmung an einer Aktiengesellschaft, so wird in den meisten Fällen eine Konzernierung angestrebt werden. Sie ist aus mannigfaltigen wirtschaftlichen,

1) Rasch, S. 206; er weist darauf hin, daß konzernrechtliche Verflechtungen für verdeckte Gewinnausschüttungen einen erhöhten Anreiz bieten können.

2) Mestmäcker, Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz, in: Festgabe für Heinrich Kronstein, S. 131.

3) § 18 Abs. 1 AktG.

technischen und steuerlichen Gründen von großem Vorteil. Eine ihrer wesentlichen Ursachen aber ist das Gesellschaftsrecht, welches die Möglichkeit eröffnet, mit weniger als der Hälfte des risikotragenden Kapitals die Gesellschaft als Ganze zu beherrschen und die Unternehmung der Gesellschaft völlig in den eigenen Wirtschaftsplan einzubeziehen¹⁾.

Zusammenfassend ist zu sagen: Die Unternehmung in ihrer typischen Erscheinungsform stellt als Großaktionär eine größere Gefahr für die Publizitätsadressaten dar als sonstige Großaktionäre, weil sie, nach Art und Umfang, viel mehr Schädigungsmöglichkeiten hat als diese. Bei ihrer Beteiligung besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, daß die Macht zur Verfolgung gesellschaftsfremder Sonderinteressen ausgenutzt wird. Die Kollision der Interessen zweier Unternehmungen ist der Regelfall, während die Interessen einer Privatperson ohne Unternehmung nur dann denen der Gesellschaft entgegen-
gesetzt sind, wenn die Person den Entschluß faßt, ihre gesellschaftsrechtliche Stellung zu mißbrauchen und gesellschaftsfremde Sondervorteile zu verfolgen. Der Begriff der Unternehmung erscheint daher geeignet zur Kennzeichnung des mitteilungsspflichtigen Großaktionärs.

2. Die Gefahrenlage bei Abhängigkeit von einer Person, die an einer anderen Unternehmung beteiligt ist

Nach dem Wortlaut von § 20 AktG besteht eine Mitteilungspflicht nur dann, wenn das Unternehmen selbst der Großaktionär ist. Wenn man davon ausgeht, daß wegen der besonderen Gefahrenlage der wirtschaftswissenschaftliche Begriff der Unternehmung zur Kennzeichnung des mitteilungsspflichtigen Unternehmens herangezogen wird, so bedeutet das eine Beschränkung der Mitteilungspflicht auf die Unternehmung,

1) So auch Hausmann, Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, S. 18.

genauer: auf den Träger der Unternehmung¹⁾. Mitteilungspflichtig sind also Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften oder Einzelpersonen, die Eigentümer einer Unternehmung sind.

Fraglich ist die Rechtslage, wenn nicht der Träger der Unternehmung die Beteiligung an der AG erwirbt, sondern eine Person, die zwar rechtlich von ihm verschieden ist, wirtschaftlich aber sehr eng mit der Unternehmung verbunden ist. Ein Beispiel: Der einzige Gesellschafter einer GmbH, der die Unternehmung gehört, erwirbt eine größere Beteiligung an einer Aktiengesellschaft; oder: Der herrschende Aktionär einer Gesellschaft, die die Unternehmung betreibt, beteiligt sich mit über 25% an einer anderen Aktiengesellschaft. In diesen Fällen sind Unternehmer und Großaktionär juristisch verschiedene Personen; vom Wortlaut her wäre der Großaktionär nicht zur Mitteilung seiner Beteiligung verpflichtet.

Ein solches Ergebnis wäre jedoch in den Fällen nicht mit dem Zweck der Norm zu vereinbaren, wo die Interessenlage die gleiche ist, wie bei Identität von Unternehmer und Großaktionär. Immer dann, wenn zwei Unternehmungen so zusammenhängen, daß die eine den Interessen der anderen untergeordnet werden kann, besteht die für § 20 AktG relevante Gefahrenlage für die Interessen von außenstehenden Aktionären und Gläubigern²⁾. Dies ist einmal dann der Fall, wenn der Großaktionär alle Anteile der die andere Unternehmung betreibenden Gesellschaft in seiner Hand vereinigt. Es besteht die gleiche Wahrscheinlichkeit des Machtmißbrauchs, wie bei einer Beteiligung der Gesellschaft selbst, weil Gesellschaft und Gesellschafter als Machtträger

1) Die Unternehmung selbst ist nur ein tatsächliches Gebilde des Wirtschaftslebens, für dessen Existenz die Rechtsfähigkeit ohne Bedeutung ist. Normadressat kann aber nur eine rechtsfähige Person sein. Vgl. oben S. 4.

2) So auch Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S. 263.

und Interessenträger nicht voneinander zu unterscheiden sind. Aber auch wenn die Unternehmung nur teilweise dem Großaktionär gehört, kann eine gleiche Interessenlage bestehen, wenn nämlich die Beteiligung so hoch ist, daß sie eine Beherrschung der Unternehmung ermöglicht.¹⁾ In diesem Fall besteht gleichfalls die Gefahr eines Machtmißbrauchs und einer Schädigung der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger. Die Gefahrenlage ist die gleiche wie bei einer direkten Beteiligung der Unternehmung²⁾.

Fraglich ist, wie hoch der Großaktionär an der anderen Unternehmung beteiligt sein muß, damit für ihn die Mitteilungspflicht entsteht. Da eine Beherrschung der Unternehmung vielfach ohne Mehrheitsbeteiligung möglich ist,³⁾ ist die Innehabung von mehr als 50% der Anteile nicht erforderlich. Aus mehreren Gründen erscheint eine Beteiligung von 25% + 1 Anteil auszureichen, um in der Person des Großaktionärs eine Mitteilungspflicht zu begründen. Das Gesetz geht in § 20 selbst davon aus, daß der Erwerb von mehr als dem vierten Teil der Aktien mit Gefahren für außenstehende Aktionäre und Gläubiger verbunden sein kann, weil unter bestimmten Voraussetzungen bereits 25% der Aktien einem Gesellschafter eine überragende Machtstellung vermitteln können. Würde man die erforderliche Beteiligungsquote höher ansetzen, könnte es außerdem zu ungereimten Ergebnissen kommen. Z.B. müßte der Aktionär A, der an der X-AG mit wesentlich mehr als 25% beteiligt ist, dem Vorstand der Y-AG mitteilen, wenn er 25,1% der Aktien der Y-AG erworben hätte. Umgekehrt braucht er aber dem Vorstand der X-AG, wenn er nicht Unternehmung ist, seine Beteiligung an der X-AG, auch wenn sie

1) Anderer Ansicht Baumbach-Hueck, § 15 Anm. 4.

2) Vgl. Lipfert a.a.O.S. 1673 und Stützel a.a.O. S. 964; dazu ferner Mestmäcker, Verwaltung S. 27/28.

3) Siehe oben S. 52.

über 50% betragen würde, nicht mitzuteilen, obgleich doch gerade die Publizität seiner Macht in dieser Gesellschaft besonders wichtig wäre. Schließlich sprechen auch Praktikabilitäts- und Rechtssicherheitserwägungen für eine generelle Festlegung der erforderlichen Beteiligungshöhe bei 25% + 1 Anteil.

Unternehmen i.S. von § 20 AktG sind also nicht nur die Träger von Unternehmungen, sondern auch solche Personen, die mehr als 1/4 der Anteile einer Unternehmung halten. Entscheidend für die Unternehmenseigenschaft natürlicher und juristischer Personen ist das Vorhandensein eigenständiger wirtschaftlicher Interessen, die sich unterscheiden von denen der Aktiengesellschaft, weil diese eine gesteigerte Gefahr für die Aktiengesellschaft hervorrufen, daß gesellschaftsfremde Sonderinteressen verfolgt werden.

3. Die generelle Eignung des wirtschaftswissenschaftlichen Unternehmensbegriffs zur Bestimmung des mitteilungspflichtigen Großaktionärs

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß die Unternehmung in ihrer typischen Erscheinungsform eine besonders große Gefahr für die Interessen der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger darstellt. Doch gibt es zahlreiche Unternehmungen, deren Beteiligung an einer AG in ihren möglichen Auswirkungen kaum von der sonstiger Großaktionäre zu unterscheiden ist. Gedacht ist an Produzenten von Gütern und Dienstleistungen, deren wirtschaftliche Bedeutung so gering ist, daß Kollisionen ihrer Interessen mit denen der Gesellschaft kaum in Betracht kommen, und denen nicht mehr Schädigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen als sonstigen Personen. Hierzu gehören z.B. selbständige Kleinhandwerker wie Friseure und Tischler, und kleine Einzelhandelsunternehmen. Auch sie werden von der Wirtschaftswissenschaft zu den Unternehmungen gerechnet. Der wirtschaftswissenschaftliche Unternehmensbegriff umfaßt sämtliche Produktionsseinheiten der Wirtschaft, also alle Wirtschaftseinheiten

mit Ausnahme der reinen Konsumtionseinheiten oder Haushaltungen¹⁾.

Die Einbeziehung sämtlicher Unternehmungen ohne Rücksicht auf ihre Größenordnung in den Kreis der mitteilungspflichtigen Aktionäre könnte nun den Vorwurf entstehen lassen, daß hier sehr verschiedenartige Fälle denselben Rechtsregeln unterworfen werden, während andererseits gleichliegende Fälle unterschiedlich behandelt werden. Doch ist zu beachten, daß das Gesetz eine typische Gefahrenlage regeln wollte, und daher die typische Fallgestaltung zugrunde gelegt hat. Der Kreis der potentiellen Schädiger ist deswegen, unter Verzicht auf eine weitere Konkretisierung, unter einem sehr weiten Begriff zusammengefaßt worden. Unter diesen Umständen muß auch die Auslegung zu einem sehr pauschalen Ergebnis kommen²⁾³⁾. Für eine weitere Differenzierung fehlen sichere Maßstäbe. Es ist unmöglich generell zu sagen, von welcher Unternehmensgröße an eine besondere Gefahrenlage besteht. In jedem einzelnen Fall ist die Interessenlage anders. Sie hängt nicht nur von der Größe der Unternehmung, sondern auch von der Größe der jeweiligen Aktiengesellschaft ab, an der die Unternehmung beteiligt ist; die Relation der beiden Interessenträger zueinander ist mit entscheidend dafür, in welchem Umfang Sondervor-

-
- 1) Schäfer, Die Unternehmung S. 102; Wöhe, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre S. 4 ff.
 - 2) So im Prinzip auch Rasch, S. 39, der darauf hinweist, daß der Tatbestand verbundener Unternehmen durch eine Zusammenfassung von Unternehmungen jeder beliebigen Größe erfüllt wird. Das ändert nach Rasch nichts daran, daß viele konzernrechtlich interessante Fragen nur bei größeren oder sogar nur bei eigentlichen Großunternehmen auftauchen.
 - 3) Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidungen im Zivilrecht, S. 23/24, weist mit Recht darauf hin, daß die naturgemäß abstrakte und generelle Regelung des Gesetzes die besonderen Umstände des Einzelfalles unberücksichtigt läßt. Darin liegt ein "bewußter Verzicht des Gesetzes auf die individuelle Gerechtigkeit." Rechtsanwendung bedeutet nach Westermann nicht, "die generelle Wertung des Gesetzes zu der im Einzelfall richtigen Wertung zu konkretisieren, sondern grundsätzlich, den Einzelfall ohne Rücksicht auf die individualisierenden Tatbestandsteile mittels der bewußt generellen Wertung zu ordnen."

teile erzielt werden können, und welcher Interessenträger letztlich davon profitiert. Es ist daher gerechtfertigt, den wirtschaftswissenschaftlichen Unternehmensbegriff ohne Einschränkung durch Größenordnungsmerkmale zu verwenden. In der Praxis wird eine solche Auslegung in der überwiegenden Zahl der Fälle zu einem interessengemäßen Ergebnis führen. Eine größere Beteiligung von sehr kleinen Unternehmungen an Aktiengesellschaften dürfte Seltenheitswert besitzen. Sollte im Einzelfall ein Unternehmer zur Mitteilung gezwungen werden, der genauso wenig Schädigungsmöglichkeiten hat, wie ein Privataktionär ohne Unternehmung, so ist das im Interesse der Rechtssicherheit hinzunehmen.

Zweifelhaft ist auch, ob nach der Zahl der Berührungspunkte unterschieden werden muß, die zwischen der AG und Unternehmung bestehen. Im konkreten Fall hängt das Ausmaß der Interessenkollisionen mit davon ab, in welchem Umfang die Unternehmungen der AG und des Großaktionärs zusammenarbeiten können, oder sich sonstwie ergänzen. So ist für die Interessenlage der Minderheitsaktionäre einer AG, welche Automobilzubehör produziert, sicher von entscheidender Bedeutung, ob der Großaktionär Automobil- oder Lebensmittelproduzent ist. Der Automobilproduzent kann die Unternehmung der AG vollständig in den Wirtschaftsplan seiner eigenen Unternehmung einbeziehen und z.B. durch Festsetzung niedriger Preise für Zubehörteile, erhebliche Sondervorteile erzielen¹⁾. Diese Möglichkeiten hat der Lebensmittelproduzent nicht. Er kann z.B. auch nicht, wie ein Großaktionär, der gleichfalls Automobilzubehör produziert, durch entsprechende Einflußnahme Wettbewerbsvorteile zum Nachteil der AG erzielen.

Es erhebt sich also die Frage, ob der Begriff der Unternehmung für die Kennzeichnung des mitteilungspflichtigen Großaktionärs eingeschränkt werden muß nach der Branchenzugehörigkeit, oder noch allgemeiner, nach der Zahl der Berührungspunkte beider Unternehmungen.

1) Einzelheiten dazu oben S. 76 ff.

Hiergegen besteht in erster Linie das Bedenken mangelnder Praktikabilität. Wo soll die Grenze gezogen werden? Die Übergänge sind fließend und ständigen Veränderungen unterworfen. Sichere objektive Maßstäbe für eine Grenzziehung gibt es nicht. Dies vor allem auch deswegen, weil die relevante Gefahrenlage nicht allein von der Art der Unternehmung abhängt, sondern auch von den Merkmalen der AG. Es ist unmöglich, alle denkbaren Kombinationen aller bestehenden Aktiengesellschaften mit allen Unternehmungen durch einen einzigen Begriff so zu erfassen, daß die für § 20 AktG relevanten Fälle von den nicht relevanten klar zu unterscheiden sind. Hinzu kommt, daß die Interessenlage nicht nur von den objektiven Gegebenheiten abhängt, sondern auch von dem subjektiven Verhalten des Großaktionärs. Jeder Bevorzugung des einen Interesses vor dem anderen Interesse geht notwendig seine Willensentschließung und Willensbetätigung voraus. In fast allen Fällen wird der Großaktionär schon beim Erwerb der Beteiligung bestimmte Vorstellungen über das zukünftige Verhältnis der beiden Unternehmungen zueinander haben. Diese können im Einzelfall erheblich von den objektiven Gegebenheiten abweichen. Eine Differenzierung nach Branchenzugehörigkeit würde also ohnehin keine optimale Lösung des Problems bedeuten. Daher dürfte es richtig sein, den Begriff der Unternehmung auch aus dem Gesichtspunkt der Branchenzugehörigkeit nicht einzuschränken.¹⁾ Bei dieser Lösung muß zwar in Kauf genommen werden, daß in Einzelfällen sehr verschieden gelagerte Fälle der gleichen Regel unterworfen werden, doch hat sie den Vorteil der Praktikabilität, und damit letztlich das Prinzip der Rechtssicherheit für sich. Außerdem spricht für sie, daß selbst in Fällen völliger Branchenverschiedenheit zwischen der Unternehmung der AG und der des Großaktionärs in

1) So auch Leo, in: Die Aktiengesellschaft 1965, S. 353, der mit Recht betont, daß eine Branchenverschiedenheit zwischen dem Unternehmeraktionär und der AG die Mitteilungspflicht des Aktionärs unberührt läßt.

der Regel immer noch mehr Möglichkeiten für diesen zur Erzielung gesellschaftsfremder Sondervorteile bestehen, als für einen Großaktionär ohne weitere wirtschaftliche Beteiligung. Beispiel für solche, nur Großaktionären mit Unternehmungen zugängliche, Sondervorteile sind¹⁾: Die Unternehmung des Großaktionärs stellt Teile ihrer Verwaltung, z.B. die Rechts- und Steuerabteilung, der AG zu einem überhöhten Entgelt zur Verfügung, oder sie nimmt Teile der Verwaltung der AG sehr billig in Anspruch; der Großaktionär organisiert einen gemeinsamen Vertrieb und belastet mit den Kosten vorwiegend die AG; der Großaktionär entzieht der AG qualifizierte Arbeitskräfte.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Der wirtschaftswissenschaftliche Unternehmensbegriff ist generell geeignet zur Bestimmung des mitteilungspflichtigen Großaktionärs. Unternehmen i.S. des § 20 AktG ist also jeder Großaktionär, der Träger einer Unternehmung ist oder mit mehr als 25% an einer Unternehmung beteiligt ist.

4. Einzelfragen zur Unternehmenseigenschaft von Personengesellschaften

Die Unternehmenseigenschaft eines Großaktionärs bestimmt sich allein nach dem oben herausgestellten Kriterium der Beteiligung an einer anderen Unternehmung. Entscheidend ist nur das Vorhandensein selbständiger, außerhalb der AG liegender, wirtschaftlicher Interessen; auf die rechtliche Organisation des Großaktionärs kommt es nicht an. Daher können außer natürlichen und juristischen Personen auch Aktionäre in den Rechts-

1) Dazu oben S. 63 ff.

formen der OHG, KG und BGB-Gesellschaft¹⁾ Unternehmen sein²⁾.

Eine Personengesellschaft die mit mehr als 25% an einer Unternehmung beteiligt ist, muß also nach § 20 AktG den Erwerb von mehr als 25% der Aktien einer AG mitteilen.

Zweifelhaft ist die Lösung folgender Fälle:

Erster Fall: A und B sind Inhaber je eines Unternehmens.

Jeder erwirbt 13% der Aktien der selben AG. Sie binden sich stimmrechtsmäßig.

Zweiter Fall: A und B sind Gesellschafter derselben OHG.

Jeder erwirbt für sein Privatvermögen 13% der Aktien derselben AG.

Im ersten Fall sind A und B Unternehmen nach der oben gefundenen Definition. Da ihre jeweilige Beteiligung aber unter der 25% Grenze liegt, ist grundsätzlich keiner von ihnen zur Mitteilung verpflichtet. Der Stimmbindungsvertrag (Poolvertrag) führt nun dazu, daß die durch die zwei Pakete von insgesamt 26% verkörperten Stimmrechte immer gleichlautend ausgeübt werden. Es entsteht ein Machtfaktor in der Gesellschaft, der von seiner Größenordnung her eine Publizität wünschenswert erscheinen läßt. Da mit dem Abschluß des Poolvertrages i. d. R. unter den Beteiligten eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) entsteht³⁾, erhebt sich die Frage, wer evtl. zur Mitteilung verpflichtet ist, die GbR,

-
- 1) Daß die Personenhandelsgesellschaften Aktionäre sein können, folgt aus § 124 HGB. Bei der BGB-Gesellschaft fallen die durch die Geschäftsführung erworbenen Aktien in das Gesellschaftsvermögen § 718 BGB. Den Gesellschaftern steht die Aktionärsposition gemeinschaftlich, zur gesamten Hand, zu. Für die Ausübung der Aktionärsrechte enthält § 69 AktG nähere Bestimmungen.
 - 2) Das ist im Schrifttum weitgehend anerkannt: Vgl. Würdinger S. 265; Müller/Rieker, Die Wirtschaftsprüfung 1967, S. 202; Kropff BB 1965, S. 1285; Baumbach-Hueck, § 15 Anm. 3; Möhring NJW 1967, S. 1.
 - 3) Einzelheiten bei Janberg/Schlaus, Abstimmungsverträge nach neuem Aktienrecht unter Berücksichtigung des Rechts der verbundenen Unternehmen, in: Die Aktiengesellschaft 1967, S. 34.

A bzw. B oder alle drei?

Ist die GbR als reine Innengesellschaft ausgestaltet, dann bleiben A und B Eigentümer der Aktien und Inhaber der Aktionärsrechte; die GbR wird nicht Aktionär. A und B sind schuldrechtlich verpflichtet, das Stimmrecht den Beschlüssen der GbR entsprechend auszuüben. Eine Mitteilungspflicht der GbR besteht bei dieser Fallgestaltung schon deswegen nicht, weil sie gar nicht Aktionärin ist. In Betracht kommt hier möglicherweise eine Mitteilungspflicht des A, wenn dieser in der GbR eine herrschende Stellung hat, wenn er also, über die GbR entscheiden kann, wie die Stimmenmacht aus den 26% der Aktien ausgeübt wird. Da dem A selbst nur 13% gehören, müßten ihm die 13% des B zugerechnet werden können, damit die 25%-Grenze überschritten wird. Nach der Zurechnungsvorschrift des § 16 Abs. 4 AktG, die auch für § 20 AktG gilt¹⁾, gelten als Anteile, die einem Unternehmen gehören, auch die Anteile, die einem von ihm abhängigen Unternehmen oder einem anderen für Rechnung des Unternehmens gehören. Da im vorliegenden Fall B nicht notwendig ein von A abhängiges Unternehmen ist, er also nicht notwendig hinsichtlich seiner eigenen Unternehmung weisungsgebunden ist²⁾, und B auch nicht die Aktien für Rechnung des A, sondern selbständig und mit eigenem Risiko³⁾, hält, verneinen Janberg/Schlaus⁴⁾ die Zurechnung der Aktien des nach dem Poolvertrag weisungsgebundenen B und damit die Mitteilungspflicht des weisungsberechtigten A. Nach ihrer Ansicht führt der Poolvertrag allein

1) Vgl. § 20 Abs. 1 S. 2

2) Der Abhängigkeitsbegriff ist in § 17 Abs. 1 AktG enthalten.

3) Ob jemand Aktien für Rechnung eines anderen hält, hängt von der Risikoverteilung ab; vgl. v. Godin-Wilhelmi § 16 Anm. 5.

4) Janberg/Schlaus a.a.O. S. 38; ihnen folgt Rasch in der 4. Aufl. von 1968 auf S. 78.

noch nicht zur Zusammenrechnung der Anteile.

Legt man allein den Wortlaut des § 16 Abs. 4 zugrunde, dann läßt sich gegen diese Ansicht nichts einwenden. Fragwürdig wird sie aber, wenn man ihre praktischen Auswirkungen betrachtet, und diese am gesetzgeberischen Zweck der Zurechnungsvorschrift mißt: Wenn das Unternehmen B abhängig ist von dem Unternehmen A, z.B. weil A die Mehrheit der Anteile an B gehören¹⁾, müssen die Aktien an der X-AG, die B gehören, den Aktien an derselben AG, die A gehören, zugerechnet werden. Diese Zurechnung geschieht deswegen, weil A die Macht hat, über die Wahrnehmung der Rechte aus den Aktien des B zu bestimmen. Der Gesetzgeber sah also als entscheidend an die reale wirtschaftliche Machtposition, nicht aber die formalrechtliche Stellung der Beteiligten; damit wollte er zugleich Umgehungen verhindern²⁾ Diesem gesetzgeberischen Grundgedanken würde ein starres Festhalten am Abhängigkeitsbegriff wie ihn § 17 AktG definiert zuwiderlaufen. Die Abhängigkeit braucht nicht so umfassend zu sein, wie § 17 sie vorschreibt und Janberg/Schlaus sie für § 16 Abs. 4 verlangen. Eine Zusammenrechnung von Aktien zweier Unternehmen ist nach dem Gedanken des § 16 Abs. 4 immer dann erforderlich, wenn das eine Unternehmen über beide Pakete bestimmen kann. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn ein Unternehmen von einem anderen abhängig ist. Das ist auch so, wenn ein unabhängiges Unternehmen sich hinsichtlich eines Aktienpaketes schuldrechtlich den Weisungen eines anderen Unternehmens unterworfen hat, wie es bei den hier untersuchten Poolverträgen vielfach der Fall ist. Im letzteren Fall ist B zwar nicht völlig abhängig von A, sondern nur in einem Teilbereich. Für die Zurechnung kommt es jedoch nur auf diesen Teilbereich an. Daher reicht

1) § 17 Abs. 2 AktG.

2) Begründung RegE, bei Kropff S. 30.

für den Begriff der Abhängigkeit in § 16 Abs. 4 eine partielle Abhängigkeit aus, nämlich bezüglich der zuzurechnenden Aktien. Demgemäß sind in dem hier untersuchten Fall die Aktien des B denen des A zuzurechnen. A muß mitteilen, daß ihm mehr als der vierte Teil der Aktien gehört.

Wenn A und B nicht lediglich eine Innengesellschaft bilden, sondern ihre Aktienpakete in die GbR einbringen, so daß diese ins Gesellschaftsvermögen fallen und die GbR Aktionär wird, stellt sich die Frage nach einer Mitteilungspflicht der GbR. Da dieser dann 26% der Aktien gehören, hängt die Beantwortung der Frage davon ab, ob diese GbR Unternehmen im Sinne des § 20 AktG ist.

Kropff¹⁾ will dies, ausgehend von seiner funktionalen Auffassung, dann annehmen, "wenn wirklich die Gesellschaft und nicht eines der an ihr beteiligten Unternehmen letztlich die einheitliche Leitung ausübt", wenn also die GbR, und nicht die Gesellschafter der GbR, über die Ausübung der Aktionärsrechte entscheidet. Ganz abgesehen von den grundsätzlichen Bedenken gegen die funktionale Lehre ist dieser Auffassung, jedenfalls für den hier untersuchten Fall, noch aus anderen Gründen nicht zu folgen. Die GbR kann, da sie keine juristische Person ist, von ihren Gesellschaftern nicht so weitgehend unterschieden werden. Die GbR handelt durch ihre Gesellschafter. Das bedeutet, daß auch die Aktionärsrechte von den BGB-Gesellschaftern wahrgenommen werden. Zwar handelt nach außen hin der nach § 69 Abs. 1 AktG zu bestellende Vertreter, doch ist dieser den Gesellschaftern gegenüber weisungsgebunden. Unterscheiden könnte man allenfalls danach, ob die Rechte im Interesse einzelner Gesellschafter oder im Interesse der GbR ausgeübt werden²⁾. Das aber läßt sich nur selten feststellen. Ist die GbR, wie hier, durch einen Stimmbindungsvertrag zustandegekommen, besteht ein eigenes Interesse der GbR ohnehin

1) BB 1965 S. 1285.

2) Möglicherweise ist das von Kropff gemeint.

nicht. Die GbR ist nichts weiter als ein Instrument für ihre Gesellschafter zur Ausübung von Aktionärsrechten. Der Ansicht Kropff kann daher nicht gefolgt werden. Auszugehen ist vielmehr von der hier vertretenen Auffassung, daß Personalgesellschaften nur dann Unternehmen sind, wenn sie über weitere wirtschaftliche Beteiligungen verfügen, d.h. wenn zu ihrem Gesellschaftsvermögen außer dem Aktienpaket noch eine weitere Beteiligung an einer anderen Unternehmung gehört. In dem hier untersuchten Fall hat die GbR keine weiteren wirtschaftlichen Interessen, die mit denen der AG kollidieren könnten. Der Zweck der GbR erschöpft sich in der Aktienhaltung. Für eine Publizität der Macht der GbR besteht kein Bedürfnis.

Um so wichtiger ist auch hier die Offenlegung der Machtstellung des A, der als Unternehmen eigene wirtschaftliche Interessen hat, und als herrschender BGB-Gesellschafter die Möglichkeit hat, sie auf Kosten der AG zu fördern. Für die Publizitätsadressaten besteht die gleiche Gefahrenlage wie bei einer unmittelbaren Beteiligung des A mit 25% an der AG. Die GbR ist daher als abhängiges Unternehmen i.S. des § 16 Abs. 4 AktG anzusehen; ihre Aktien gelten als Aktien des sie beherrschenden Unternehmers A. Dieser muß nach § 20 Abs. 1 den Besitz von mehr als dem vierten Teil der Aktien mitteilen. Damit kann zum ersten Fall zusammenfassend festgestellt werden, daß die durch den Poolvertrag gebildete GbR nicht mitteilungspflichtig ist, ganz gleich, ob eine Außen- oder nur eine Innengesellschaft besteht¹⁾. Zur Mitteilung verpflichtet ist nur der Unternehmer, der nach dem Poolvertrag über die Ausübung der Rechte aus den gesamten vertraglich erfaßten Aktien entscheiden kann.

1) Die hier vertretene Auffassung hat den Vorteil, daß sie in allen Fällen von Poolverträgen zu dem gleichen Ergebnis kommt. Eine differenzierende Lösung würde den wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht gerecht werden und zu Unsicherheiten führen.

Im zweiten Fall sind A und B als Gesellschafter einer OHG, die eine Unternehmung betreibt, zwar Unternehmen i.S. des § 20 AktG. Sie erreichen jeder für sich aber nicht die 25%-Grenze. Ohne Stimmbindungsvertrag hat keiner von beiden die Möglichkeit, über das Paket des anderen mitzuverfügen. Die Voraussetzungen einer Zurechnung nach § 16 Abs. 4 AktG sind nicht gegeben.

Im Unterschied zum ersten Fall sind aber die wirtschaftlichen Interessen von A und B teilweise identisch, weil beide an der gleichen Unternehmung beteiligt sind. Daher besteht auch ohne vertragliche Bindung die Gefahr, daß in Kollisionsfällen A und B ihre Aktionärsmacht gleichgerichtet einsetzen, und zwar zum Vorteil der OHG und zum Nachteil der AG. Gleichwohl kann eine Mitteilungspflicht hier nicht befürwortet werden. Das Gesetz verlangt ausdrücklich, daß dem Unternehmen mehr als der vierte Teil der Aktien gehören muß bzw. zuzurechnen ist, weil von dieser Quote an regelmäßig die Möglichkeit eines Machtmißbrauchs besteht. Nur der Unternehmer, der mit mindestens dieser Quote beteiligt ist, kann nach der Vorstellung des Gesetzes über einen längeren Zeitraum hinweg Macht ausüben und u.U. mißbrauchen; dies auch nur, wenn er seinen gesamten Aktienbesitz kontinuierlich für seine Interessen einsetzt. Dagegen bestimmen in unserem Fall A und B unabhängig voneinander über den Einsatz ihrer Macht. Ein gemeinsames Vorgehen bedarf jedesmal eine Einigung. Sie sind daher kein stabiler Machtfaktor in der Gesellschaft. Ihre gemeinsame Macht ist geringer als die Macht einer Einzelperson die 26% der Aktien hält. Die Verwaltung läßt sich von ihnen nicht ohne weiteres ihre Rechte beschneiden; Schädigungen sind ihnen daher nur selten möglich. Daher ist hierdem Wortlaut zu folgen und eine Mitteilungspflicht von A und B abzulehnen.

V. Stellungnahme zu den bisher im Schrifttum vertretenen Auffassungen

In der Einleitung ist darauf hingewiesen worden, daß die bisher im Schrifttum vertretenen Unternehmensbegriffe sich inhaltlich zum Teil wesentlich voneinander unterscheiden, wobei zwei Hauptrichtungen festzustellen sind: Die funktionale und die institutionelle Lehre. Im folgenden sollen diese Meinungen einer kritischen Überprüfung unterzogen werden; Maßstab hierfür sind die in dieser Untersuchung gefundenen Ergebnisse. Damit wird zugleich dargelegt, inwieweit diese sich von der bisherigen Lehre unterscheiden.

1. Kritik der funktionalen Lehre

Die Vertreter der funktionalen Lehre¹⁾ bestimmen das Unternehmen nicht von bestimmten äußeren Merkmalen her, sondern nach der Art der verfolgten Interessen. Entscheidend ist nicht das Vorhandensein einer Produktionseinheit in der Hand des Großaktionärs, sondern "die Funktion" des Aktionärs "als einer ziel- und planvoll, eben unternehmerisch denkenden und handelnden Instanz."²⁾ Unternehmen sind diejenigen Aktionäre, die sich nicht auf die Verfolgung der Interessen reiner Anlageaktionäre beschränken, sondern die "bereit und in der Lage" sind, "gewissermaßen marktstrategisch das Schicksal ihrer Gesellschaft mitzubestimmen."³⁾ Privatpersonen ohne irgendwelches wirtschaftliches Potential können also bei entsprechendem Verhalten Unternehmen sein. Ob umgekehrt auch Inhaber von Unternehmungen, die lediglich Anlageinteressen verfolgen, von der Mitteilungspflicht befreit sind, bleibt offen.⁴⁾

1) Kropff, BB 1965, 1285; Brauksiepe, BB 1966, 871; Möhring, NJW 1967, S. 1; Wassmuth, Der Städtetag 1967, S. 43 ff.

2) Möhring a.a.O.

3) Möhring a.a.O.

4) Diese Frage wirft Havermann, Die verbundenen Unternehmen und ihre Pflichten nach dem Aktiengesetz 1965, in: Die Wirtschaftsprüfung 1966, S. 32, auf.

Die funktionale Begriffsbestimmung ist mit dem Wortsinn vereinbar.¹⁾ Sie trägt auch dem Erfordernis Rechnung, daß nicht alle Aktionäre, sondern nur eine bestimmte Kategorie zur Mitteilung verpflichtet sein soll.²⁾ Zweifelhaft erscheint jedoch die Grenzziehung zwischen den Unternehmensaktionären und den sonstigen Großaktionären. Der Grad der Aktivität des Großaktionärs ist grundsätzlich nicht entscheidend für die Interessenlage der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger³⁾. Die Machtergreifung und die unternehmerische Betätigung führen als solche nicht schon zu Sonderschäden bei diesen Personen und zu Sondervorteilen in der Person des Großaktionärs⁴⁾. Führt die unternehmerische Einflußnahme zu geschäftlichen Erfolgen, so profitieren alle Beteiligten gleichmäßig im Verhältnis ihres Kapitalanteils; umgekehrt müssen alle Aktionäre bei Mißerfolgen die Verluste anteilig tragen. Die Interessenlage in der Gesellschaft bleibt also unverändert, wenn der Großaktionär sich nicht mehr mit der Entgegennahme der Dividende und dem Blick auf den Kurszettel begnügt, sondern, wie die funktionale Lehre voraussetzt, in der Leitung der Gesellschaft aktiv wird. Erst wenn sein Bestreben dahin geht, sich auf Kosten der übrigen Beteiligten gesellschaftsfremde Sondervorteile zu verschaffen - dies setzt die funktionale Lehre nicht mehr voraus -, entsteht eine Gefährdung der Interessen der Publizitätsadressaten. "Die Funktion des Großaktionärs als einer ziel- und planvoll, eben unternehmerisch denkenden und handelnden Instanz" ist zwar im Normalfall die Voraussetzung für die technische Durchführbarkeit von Schädigungen, sie ist jedoch nicht die Ursache hierfür. Erst wenn der Großaktionär neben seiner Beteiligung weitere wirtschaftliche Interessen hat, ist eine besondere Gefahr für die Gesellschaft gegeben.

1) Siehe oben S. 25 ff.

2) Siehe oben S. 42/43.

3) Dazu oben S. 56 ff.

4) Dazu oben S. 57/58.

Auf das Vorhandensein solcher wirtschaftlicher Interessen soll es nach der funktionalen Lehre aber gerade nicht entscheidend ankommen.

Auch aus dem Zweck der Mitteilungspflichten folgt eine Ablehnung der funktionalen Lehre. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen potentielle Schädiger in der Gesellschaft bekannt sein, damit Machtmißbräuchen mit einer entsprechenden Verantwortung begegnet werden kann. Dieser Zweck würde nicht im erforderlichen Umfang verwirklicht werden, wenn man den mitteilungspflichtigen Aktionär danach bestimmen würde, ob er "unternehmerische" oder Anlageinteressen verfolgt. Wie will man eine unternehmerische Betätigung feststellen, wenn der Großaktionär selbst gar nicht in Erscheinung tritt, sondern über irgendwelche Dritte auf die Verwaltung Einfluß nimmt?

Auch würde die in § 20 Abs. 1 AktG festgelegte Grenze von 25% in der Praxis in einer Vielzahl von Fällen ihre Bedeutung verlieren und faktisch bei etwa 40% oder noch höher liegen. Ein Großaktionär wird kaum unternehmerische Interessen verfolgen, bevor er nicht heimlich, und deswegen relativ billig, eine ausreichende Hauptversammlungsmehrheit erworben hat; bis zu diesem Zeitpunkt wird er sich wie ein Anlageaktionär verhalten, um nicht schon den Erwerb von 25% mitteilen zu müssen. Die Mitteilungspflichten würden ihren Präventivschutzcharakter weitgehend einbüßen, wenn das Vorhandensein der Macht erst durch die Ausübung der Macht bekannt werden würde. Außerdem wäre eine gesetzliche Normierung der Mitteilungspflichten weitgehend überflüssig gewesen, da bei unternehmerischer Betätigung des Großaktionärs immer schon eine "faktische Publizität" bestand.¹⁾

Auch Rechtssicherheitsgesichtspunkte sprechen gegen einen

1) Dülfer, Die Aktienunternehmung, S. 223.

funktionalen Unternehmensbegriff¹⁾. Eine Unterscheidung zwischen Anlageaktionär und Unternehmensaktionär lediglich nach der Art der verfolgten Interessen birgt zahlreiche Unsicherheiten in sich. Daher ist eine Abgrenzung nach bestimmten äußeren, relativ sicher feststellbaren Merkmalen vorzuziehen. Besonders im Hinblick auf die Sanktionen des § 20 Abs. 7 AktG ist ein sicheres Unterscheidungskriterium von großer Wichtigkeit. Dieses sind die Gründe, die entscheidend gegen die funktionale Lehre sprechen. Weitere Argumente, die in der Diskussion um den Unternehmensbegriff breiten Raum einnehmen, sind dagegen nur von untergeordneter Bedeutung und werden hier nur der Vollständigkeit halber wiedergegeben.

Das erste Argument ergibt sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 18, Abs. 2 AktG²⁾. Aus der dort ange-deuteten Möglichkeit, daß ein Gleichordnungskonzern auch von einer Person geleitet werden kann, die nicht Unternehmen ist,³⁾ wird gefolgert⁴⁾, daß die Beherrschung und unternehmerische Leitung allein noch keine Unternehmenseigenschaft ausmachen kann, daß also "der Träger einer unternehmerischen Planungs- und Entscheidungsgewalt als solcher noch nicht Unternehmen ist."

1) So auch Schäfer, NJW 1967, S. 1741.

2) § 18 Abs. 2 lautet: "Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen."

3) Begründung RegE, bei Kropff, S. 33: "Vielmehr kann die einheitliche Leitung auf den verschiedensten Gründen beruhen, etwa auf einem vertraglichen Gemeinschaftsorgan der konzernverbundenen Unternehmen oder darauf, daß die Anteile der Konzernunternehmen in der Hand eines Eigentümers, der kein Unternehmen ist, vereinigt sind."

4) Schäfer, BB 1966, 231 und NJW 1967, 1741; Müller/Rieker, Die Wirtschaftsprüfung 1967, 198; Janberg/Schlaus, Die Aktiengesellschaft 1967, S. 37; Bolsenkötter DB 1967, S. 1100. Gegen diese Schlußfolgerung wendet sich Möhring, NJW 1967, S. 1 Fn. 12.

Weiter wird gegen die funktionale Auffassung die Vorschrift des § 16 Abs. 4 AktG ins Feld geführt, wonach bei einem Einzelkaufmann auch die Anteile, die sonstiges Vermögen sind, als dem Unternehmen gehörend anzusehen sind. Diese Zurechnungsvorschrift wäre nach Ansicht einiger Schriftsteller überflüssig gewesen, wenn das Gesetz von einem funktionalen Unternehmensbegriff ausgegangen wäre.¹⁾ Diese beiden Gesichtspunkte können schon deswegen nicht entscheidend gegen eine funktionale Auffassung sprechen, weil nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden darf, daß der Unternehmensbegriff in allen Vorschriften die gleiche Bedeutung hat. Es ist wenig überzeugend, aus der Zurechnungsvorschrift des § 16 Abs. 4 und aus dem Begriff des Gleichordnungskonzerns in § 18 Abs. 2 Rückschlüsse für den Unternehmensbegriff in § 20 ziehen zu wollen, weil dieser eine ganz bestimmte Funktion hat, die sich wesentlich unterscheidet von den Funktionen der in den genannten Vorschriften verwendeten Unternehmensbegriffe.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Begriffsbestimmung der funktionalen Lehre den Zweck des § 20 AktG und der dieser Vorschrift zugrundeliegenden Interessenlage nicht gerecht wird. Der funktionale Unternehmensbegriff trifft die Unterscheidung zwischen Unternehmensaktionären und den sonstigen Großaktionären an der falschen Stelle. Es kommt nicht darauf an, welchen Grad an Aktivität der Großaktionär entwickelt, sondern nur darauf, welche Möglichkeiten sich für ihn aus der Beteiligung ergeben. Ein Einsetzen der Mitteilungspflicht erst mit Beginn einer unternehmerischen Betätigung des Großaktionärs käme zudem in vielen Fällen zu spät und würde somit dem Präventivschutzzweck des § 20 AktG widersprechen. Schließlich enthält der

1) Havermann, Die Wirtschaftsprüfung 1966, S. 32; Möhring/Schwartz-Rowedder-Haberlandt, S. 284; Bolsenkötter a.a.O.; a.A. Brauksiepe BB 1966, 871.

Lösungsvorschlag der funktionalen Lehre Unsicherheitsmomente, die ihn auch unter Rechtssicherheitsgesichtspunkten ungeeignet erscheinen lassen.

2. Kritik der institutionellen Lehre

Die herrschende Lehre versteht das Unternehmen institutionell, d.h. i.S. einer Wirtschaftseinheit, eines Gewerbebetriebes oder eines Handelsgeschäfts¹⁾. Der Träger einer solchen Einheit ist nach dieser Ansicht Unternehmen und somit mitteilungs- pflichtig, ohne daß es darauf ankommen soll, welche Interessen er im einzelnen mit seiner Beteiligung verfolgt.

Im Prinzip entspricht diese Interpretation des aktienrecht- lichen Unternehmensbegriffs den hier speziell für den Begriff in § 2o AktG gefundenen Ergebnissen. In Einzelfragen ergeben sich jedoch Abweichungen. Diese betreffen einmal die genaue Kennzeichnung der Institution. Die verwendeten Begriffe Ge- werbebetrieb,²⁾ Erwerbswirtschaft³⁾, Geschäftsbetrieb⁴⁾, Wirtschaftseinheit⁵⁾; organisierte Wirtschaftseinheit, welche aus einem Minimum einer äußeren Veranstaltung bestehen kann;⁶⁾ Einheit, mit der eine Person am Wirtschaftsleben teilnimmt⁷⁾ usw. unterscheiden sich voneinander und sind z.T. nicht ganz festumrissen. Daher ist dem wirtschaftswissenschaftlichen Begriff der Unternehmung der Vorzug zu geben, der eine ganz bestimmte Erscheinung des Wirtschaftslebens bezeichnet und eine zweifelsfreie Subsumtion ermöglicht.

Dabei darf aber nie - hier ergibt sich die zweite Abweichung - der entscheidende Gesichtspunkt außer Acht gelassen werden, der zur Verwendung dieses Begriffs geführt hat: Die Kollision

1) Nachweise oben S. 7.

2) Würdinger S. 263.

3) Rasch S. 37.

4) Müller/Rieker, Die Wirtschaftsprüfung 1967, S. 200.

5) v. Godin-Wilhelmi § 15, Anm. 2

6) Ralsch JZ 1966, 555.

7) Bolsenkötter a.a.O. S. 1101.

der Interessen der Gesellschaft mit denen einer neben ihr eigenständig bestehenden Produktionseinheit. Bedient sich der Großaktionär eines Geschäftsbetriebes, um seine Beteiligung zu verwalten und auf die Geschicke der Gesellschaft besser Einfluß nehmen zu können, so fehlt von vornherein diese Interessenkollision. Die Organisation, die sich der Großaktionär lediglich zu dem Zweck aufbaut, die Geschäftspolitik der Gesellschaft zu kontrollieren, ist also nicht als Unternehmen anzusehen.¹⁾ Es ist auf die Interessenlage in der Gesellschaft ohne Einfluß, wenn der Großaktionär, statt dafür die Einrichtungen der Gesellschaft zu benutzen, zum Zwecke der Beherrschung einen eigenen Geschäftsbetrieb unterhält, in dem z.B. Investitionsprogramme, Steuerfragen oder Personalangelegenheiten leitender Angestellter der Gesellschaft bearbeitet werden.

Während, von diesen Ausnahmen abgesehen, für die Fälle einer direkten Beteiligung einer Unternehmung an der Gesellschaft eine weitgehende Übereinstimmung mit der institutionellen Lehre festzustellen ist, weicht diese teilweise erheblich von der hier vertretenen Auffassung in der Frage ab, ob darüberhinaus noch für bestimmte Aktionäre Unternehmenseigenschaft anzunehmen ist. Die Untersuchung hat gezeigt, daß Unternehmen i.S. von § 20 AktG nicht nur sind die Träger von Unternehmungen, sondern auch solche Personen, die mit mehr als 25% der Anteile an einer anderen Unternehmung beteiligt sind. Die Anhänger der institutionellen Lehre lehnen dagegen überwiegend die Unternehmenseigenschaft von Personen oder Personenvereinigungen ab, die nicht selbst Träger von Unternehmungen sind²⁾. Lediglich Würdinger³⁾ und G. Hueck⁴⁾ halten,

1) a.A. Müller/Rieker a.a.O. S. 201 u. Schäfer NJW 1967, S. 1741.

2) Müller/Rieker a.a.O.; Schäfer a.a.O.; Handbuch der Aktiengesellschaft, Rz. 705 (S. 311/312); Bolsenkötter DB 1967, 1101; Havermann, Die Wirtschaftsprüfung 1966, 32.

3) Aktien- und Konzernrecht, S. 263.

4) Baumbach-Hueck § 15, Anm. 4.

allerdings in engen Grenzen, die Einbeziehung von Personen für erforderlich, die an mehreren Gesellschaften oder Unternehmen beteiligt sind¹⁾. Nach Würdinger wird "die Ausübung der Leitung dann zu einem Unternehmen, wenn der Aktionär mehrere Gesellschaften beherrscht und sie unter seiner Leitung zusammenfaßt." Ähnliche Voraussetzungen stellt G. Hueck²⁾ auf, der gleichfalls eine Beeinflussung mehrerer Gesellschaften oder Unternehmen für erforderlich hält. Der Tatbestand einer anderweitigen größeren Beteiligung allein soll jedoch nach Ansicht von Hueck und Würdinger nicht ausreichend sein, die Unternehmenseigenschaft des Großaktionärs zu begründen.

Die Abweichungen dieser Literatur von dem hier vertretenen Ergebnis resultieren wahrscheinlich weniger aus einer anderen Analyse der Interessenlage³⁾, als vielmehr aus der Verschiedenheit des Untersuchungsgegenstandes. Wer versucht eine Definition des aktien- oder konzernrechtlichen Unternehmensbegriffs schlechthin zu finden, kann den besonderen Publizitätsgesichtspunkten von § 20 AktG nicht die Beachtung zukommen lassen, wie derjenige, der den Unternehmensbegriff ausschließlich unter Publizitätsgesichtspunkten bestimmt. So ergibt sich aus den Ausführungen von Würdinger und G. Hueck, daß diese vornehmlich um eine Klarstellung des Konzerntatbestandes be-

-
- 1) Im Ergebnis vertritt dies auch die funktionale Lehre, vgl. Kropff, BB 1965, 1285: "Andererseits ist ein Aktionär, der aufgrund seines Aktienbesitzes mehrere Gesellschaften beherrscht und in ihrer Unternehmenspolitik koordiniert, aufgrund der von ihm ausgeübten Leitungsmacht als Unternehmen anzusehen, auch wenn er kein Kaufmann i.S. des Handelsgesetzbuches sein sollte."
 - 2) Baumbach-Hueck § 15, Anm. 4; "Etwas anderes gilt, wenn der Aktionär in mehr als einer AG oder in einer AG und einem oder mehreren Unternehmen anderer Rechtsform gleichzeitig einen über die bloße Verwaltung seiner Beteiligung hinausgehenden unternehmerischen Einfluß hat. ...Der Aktionär betätigt sich nicht mehr nur im Rahmen der einen AG, sondern hat im Verhältnis zu ihr die Stellung eines fremden Unternehmens."
 - 3) Auch Würdinger a.a.O. und Hueck a.a.O. sehen als ausschlaggebend die Kollision der Interessen der AG mit denen einer anderen Unternehmung an; ähnlich auch Müller/Rieker a.a.O., S. 200.

bemüht waren.¹⁾ Infolgedessen konnte nur derjenige Großaktionär Unternehmenseigenschaft haben, der seine Beteiligung an mehreren Unternehmen zu einer Beherrschung und einheitlichen Leitung ausnutzt, wie dies in § 18 AktG vorausgesetzt ist. Inwieweit diese Begriffsbestimmung mit den spezifischen Zielsetzungen der §§ 15 ff, und insbesondere des § 18, vereinbar ist, kann und soll im Rahmen dieser Untersuchung nicht beurteilt werden. Hier kam es nur darauf an, die dem § 20 AktG zugrundeliegende Interessenlage und die besondere Zweckbestimmung dieser Vorschrift bei der Auslegung weitgehend zu berücksichtigen. Dabei ist festgestellt worden²⁾, daß die Möglichkeit zur Beherrschung einer weiteren Unternehmung ausreicht, um dem Großaktionär Unternehmenseigenschaft beizumessen.

VI. Die Unternehmenseigenschaft der freien Berufe

Die Untersuchungen zum Wortsinn haben gezeigt³⁾, daß mit "Unternehmen" auch Angehörige freier Berufe gemeint sein können. Beispiele hierfür sind die Unternehmensbegriffe des GWB und des Umsatzsteuergesetzes.

Die Analyse der für § 20 AktG maßgeblichen Interessenlage und die Würdigung der besonderen Zweckbestimmung der Mitteilungspflichten führen zur Verwendung des wirtschaftswissenschaftlichen Unternehmensbegriffs. Kennzeichnend für den mitteilungspflichtigen Großaktionär ist die Verfügungsmöglichkeit über eine Unternehmung, also über eine "ökonomische Einheit, die Waren oder Leistungen für einen Markt produziert und dabei im Rahmen der gegebenen gesetzlichen Bindungen selbständig plant und entscheidet."⁴⁾ Der wirtschaftswissenschaftliche Unternehmensbegriff erfaßt jede Produktionsein-

1) Beide weisen auf § 18 hin. § 18 Abs. 1 S. 1 lautet: "Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern".

2) Siehe oben S. 81 ff.

3) Siehe oben S. 34 ff.

4) Gandenberger S. 34.

heit, auch eine solche, deren Produkte Dienstleistungen "höherer Art" sind. Die Wirtschaftswissenschaften rechnen daher auch die freien Berufe zu den Unternehmungen. Ganderberger¹⁾ weist zu Recht darauf hin, daß in der Kennzeichnung einer ärztlichen Praxis als Unternehmen nichts Herabsetzendes liegt, und die hohe sittliche Verantwortung und Würde des Arztberufes damit nicht verkannt oder verkleinert wird. Für die wirtschaftswissenschaftliche Begriffsbildung sind allein ökonomische Gesichtspunkt ausschlaggebend.

Gleichwohl bestehen Bedenken, auch die freien Berufe in den Kreis der mitteilungspflichtigen Großaktionäre einzubeziehen. Die freien Berufe weisen erhebliche Unterschiede zu den typischen Unternehmungen auf; sie stellen i.d.R. keine größere Gefahr für außenstehende Aktionäre und Gläubiger dar, als Großaktionäre ohne Unternehmung. Gegenstand und Umfang der freiberuflichen Unternehmung lassen Interessenkollisionen mit der von der Gesellschaft betriebenen Unternehmung von vornherein ausgeschlossen erscheinen. Es besteht keine besondere Gefahr, daß durch unfaire Verträge gesellschaftsfremde Sonder Vorteile erzielt werden, weil die Teilnahme am Wirtschaftsleben minimal ist, und weil Art und Umfang der Produktion sich wesentlich voneinander unterscheiden. Der freiberuflich tätige Großaktionär kann die Unternehmung der AG nicht in seine Wirtschaftspläne einbeziehen; die Nutzbarmachung ihrer Produktionseinrichtungen bringt ihm keine Vorteile. Auch aus der Einflußnahme auf das Produktionsprogramm kann er keine Sonder Vorteile ziehen, weil er nicht in Wettbewerb mit der Gesellschaft steht. Damit verbleiben ihm die gleichen Schädigungsmöglichkeiten wie Personen ohne Unternehmung;²⁾ die bei Unternehmungen festgestellte generell erhöhte Gefahrenlage ist bei Beteiligung freier Berufe nicht gegeben.

1) Was ist ein Unternehmen? S. 33: "Wirtschaftstheoretische Begriffe wie Markt, Preis, Nachfrage, Unternehmen sind wertfrei."

2) So auch Leo, Die Aktiengesellschaft 1965, 353.

Anders als bei sonstigen Unternehmungen, deren Beteiligung auch nicht die relevante Gefahr in der Gesellschaft hervorruft¹⁾, ist es hier gerechtfertigt, aus der ungleichen Interessenlage Konsequenzen für das Auslegungsergebnis zu ziehen, da die freien Berufe eine festumrissene Gruppe sind, die sich klar abgrenzen läßt gegen sonstige Arten von Unternehmungen. Die freien Berufe sind daher von der Meldepflicht auszunehmen;²⁾ der Begriff der Unternehmung wird insoweit eingeschränkt.

Für die Unternehmenseigenschaft von Angehörigen freier Berufe gelten die gleichen Grundsätze wie für die von Privatpersonen. Sie sind dann Unternehmen, wenn sie entweder selbst Träger einer Unternehmung sind, oder wenn sie mit mehr als 25% an einer Unternehmung beteiligt sind, wobei mit Unternehmung nicht gemeint ist die freiberufliche Produktions-einheit, wie z.B. die ärztliche Praxis oder das Architektenbüro.

VII. Die Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand

An einer Vielzahl unserer Aktiengesellschaften ist die öffentliche Hand, also Bund, Länder, Gemeinden, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts maßgeblich beteiligt.³⁾ Die amtlichen Angaben über den Umfang dieser Be-

1) Siehe oben S. 81 ff.

2) Im Ergebnis ebenso: Leo a.a.O.; Baumbach-Hueck, § 15 Anm. 3; Müller/Rieker, Die Wirtschaftsprüfung 1967, S.202.

3) Am 31.Dez. 1966 waren der Bund und die Sondervermögen des Bundes (ERP-Sondervermögen, Ausgleichsfonds, Deutsche Bundespost, Deutsche Bundesbahn) an 569 Gesellschaften des privaten Rechts mittelbar oder unmittelbar mit mindestens einem Viertel des Kapitals beteiligt. Darunter waren 103 Aktiengesellschaften mit Sitz in der Bundesrepublik oder West-Berlin. (Vgl. Anhang zum Finanzbericht 1968, herausgegeben vom Bundesministerium der Finanzen).

teiligungen sind lückenhaft;¹⁾ Untersuchungen privater Interessenten und verschiedener Forschungsinstitute²⁾ konnten eine vollständige Übersicht - dies gilt vor allem für kleinere und mittelbare Beteiligungen - bisher nicht erbringen. So kommt der Frage, ob die in § 20 statuierten Mitteilungspflichten auch für öffentliche Aktionäre gelten, eine besondere Bedeutung zu. Ihre Bejahung würde der interessierten Öffentlichkeit nicht nur einen detaillierten Überblick über den gegenwärtigen Umfang des Beteiligungsvermögens geben, sondern auch zu einer Publizität jeder Veränderung dieses Vermögens führen. Die bisher periodisch gewährten Einblicke würden ergänzt werden durch die "unverzüglich"³⁾ zu erfolgenden Mitteilungen über Käufe und Verkäufe von Aktienpaketen. Die Sanktion des § 20 Abs. 7 würde eine Befolgung der Mitteilungspflichten sicherstellen.

Nach den ersten Erfahrungen mit dem neuen Aktiengesetz⁴⁾ halten sich die öffentlichen Kapitalhalter nicht für Unter-

- 1) Neben dem Finanzbericht des Bundesfinanzministeriums, der eine erfreuliche Ausnahme von der sonstigen Publizitäts-scheu darstellt, ist hinzuweisen auf die statistischen Jahrbücher. Diese erfassen jedoch gemäß § 8 des Gesetzes über die Finanzstatistik vom 8.6.1960 (BGBl. I S. 322) nur Mehrheitsbeteiligungen von Bund, Ländern und Gemeinden.
- 2) Vgl. dazu das vom Forschungsinstitut für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz erstellte Verzeichnis der Beteiligungen der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik "Öffentliche Beteiligungen an wirtschaftlichen Unternehmen". Ferner: Hamm, Kollektiveigentum S. 15 ff; Horak, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland und ihre Probleme, S. 27 ff; Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 142 ff; Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. I, S. 523 bis 623, "Beteiligungen der öffentlichen Hand an der Konzentration; Bericht des Bundeskanzlers über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 6.5.1964 (BT-Drucksache IV/2320), S. 49 und Anlagenband dazu (BT-Drucksache zu IV/2320), S. 465 ff.
- 3) Siehe § 20 AktG.
- 4) Dazu Plum, Beteiligungsverhältnis in der deutschen Wirtschaft gemäß der Meldepflicht nach dem Aktiengesetz von 1965.

nehmen i.S. von § 20 AktG; sie haben nur solche Beteiligungen mitgeteilt, die sie über zwischengeschaltete Kapitalgesellschaften halten. Das Schrifttum zu dieser Frage ist der Ansicht, daß juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht Unternehmen sind¹⁾. Dabei spielen z.T. Erwägungen eine Rolle, die auch zur Ablehnung der Unternehmenseigenschaft von Personen des Privatrechts angeführt worden sind, wie das Fehlen eines eingerichteten Geschäftsbetriebes.²⁾ Als entscheidend wird jedoch das angeblich unterschiedliche Verhalten der öffentlichen Hand angesehen. Da die öffentliche Hand sich nicht in Gewinnabsicht beteilige, sondern um öffentliche Zwecke zu verwirklichen, betätige sie sich nicht unternehmerisch und sei infolgedessen kein Unternehmen. Nur wenn ausnahmsweise unternehmerische Einflußnahme und Interessenverfolgung vorliegen, könne eine juristische Person des öffentlichen Rechts Unternehmenseigenschaft haben³⁾. Die Untersuchungen zum Wortsinn haben ergeben, daß die juristischen Personen des öffentlichen Rechts unter den Unternehmensbegriff gebracht werden können.⁴⁾ Die Analyse der Interessenlage und die Würdigung des Normzwecks haben den wirtschaftswissenschaftlichen Unternehmensbegriff generell geeignet erscheinen lassen zur Kennzeichnung des mitteilungspflichtigen Großaktionärs. Im Folgenden wird zu untersuchen sein, ob dieses Ergebnis auf die öffentlichen Großaktionäre angewendet werden kann. Hierfür wird von Bedeutung sein, inwieweit sich die rechtliche Stellung und das wirtschaftliche Verhalten öffentlicher und privater Großaktionäre unterscheiden. Insbesondere werden zu berücksichtigen sein die Auswirkungen der Beteiligung der öffent-

1) Kropff, BB 1965, 1285; Brauksiepe, BB 1966, 869 ff; Wassmuth, Der Städtetag 1967, 43 ff; Müller/Rieker, Die Wirtschaftsprüfung 1967, S. 202; Zeiss, Aktiengesetz 1965, S. 19; Rasch, Deutsches Konzernrecht, S. 38; Würdinger, S. 263; Bolsenkötter, DB 1967, 1100; Leo, Die Aktiengesellschaft 1965, 353; Rasch, JZ 1966, 555; Baumbach-Hueck, § 15 Anm. 5.

2) Müller/Rieker a.a.O.; Bolsenkötter a.a.O.; Leo a.a.O.

3) Wassmuth, a.a.O.; Rasch, a.a.O.; Rasch a.a.O.; Baumbach-Hueck, a.a.O.

4) Siehe oben S. 28 ff.

lichen Hand auf die Interessenlage der Publizitätsadressaten.

1. Die Rechtsstellung des öffentlichen Großaktionärs

a) Der Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Aktionäre

Die h.M. vertritt die Ansicht, daß auch eine juristische Person öffentlichen Rechts, genau wie jeder private Aktionär, an die Regeln des Aktienrechts gebunden sei¹⁾. Die AG, die sich ganz oder teilweise in der Hand des Staates oder einer anderen jPÖR befinde, unterliege vollständig den Vorschriften des privaten Gesellschaftsrechts. Die jPÖR unterwerfe sich mit dem Erwerb von Aktien den nicht dispositiven Bestimmungen des Aktiengesetzes; dies auch dann, wenn sie mit dem Erwerb ausschließlich öffentliche Zwecke verfolge.

Diese Ansicht ist im Grundsatz richtig. Die Aktionärsrechte und Pflichten sind nach dem Aktiengesetz ausschließlich an die Innehabung einer Aktie geknüpft; auf die Person des Aktionärs und deren Eigenschaften kommt es grundsätzlich nicht an. Das Aktiengesetz weist allen Inhabern von Aktien die gleiche rechtliche Stellung zu.

Die Reform des Aktienrechts im Jahre 1965 hat den Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Aktionäre nicht in Frage gestellt. Zwar wurden mit den §§ 394 und 395 zwei Sondervorschriften für Aktionäre geschaffen, die Gebietskörperschaften sind, doch weist der Ausnahme-charakter

1) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I, S. 525; Frentzel, Die gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand S. 26 und 33; Hamm a.a.O. S. 56; Horak a.a.O. S. 15; Geiler, Die wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht, Gruch.-Beitr. Bd. 68 (1927), S. 593 ff., 617; Schnettler, Öffentliche Betriebe, S. 20; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts S. 381; Wolff H.J. Verwaltungsrecht Bd. II § 71 III d 1 (S. 5); Köttgen, Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, S. 30.

dieser Vorschriften¹⁾ gerade auf die prinzipielle Beibehaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes hin. Dies läßt sich auch aus der Entstehungsgeschichte entnehmen.²⁾ Der Haushaltsausschuß hatte vorgeschlagen, das Aktiengesetz sollte dahingehend geändert werden, daß die Satzung einer AG, von deren Aktien mehr als der vierte Teil Gebietskörperschaften gehört, solchen Gebietskörperschaften die Rechte nach § 48 Abs. 2, § 113 Abs. 3 der Reichshaushaltsordnung sollte einräumen können. Diese Änderung hätte zur Folge gehabt, daß die Gesellschaft durch einen dem zuständigen Minister genehmen Prüfer nach vom zuständigen Minister festgesetzten Richtlinien hätte geprüft werden können. Der Minister hätte das Recht auf Vorlage des Prüfungsberichtes gehabt. Weiter hätten unter bestimmten Voraussetzungen auf Kosten der Gesellschaft unmittelbar Prüfungsaufträge erteilt werden können, und schließlich hätte ein Beauftragter des Bundesrechnungshofes Einsicht in den Betrieb und die Bücher und Schriften der Gesellschaft nehmen können. Dieser Änderungsvorschlag ist nicht Gesetz geworden. Der Wirtschafts- und der Rechtsausschuß hielten es nicht für zweckmäßig, die haushaltsrechtliche Regelung, die die seit 1931 bestehende aktienrechtliche Pflichtprüfung nicht berücksichtigt, für das Aktiengesetz zu übernehmen³⁾. Für viele Mitglieder der

1) §§ 394, 395 AktG bringen die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht und die haushaltsrechtlichen Berichtspflichten von solchen Aufsichtsratsmitgliedern in Einklang, die auf Vorschlag einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat entsandt oder gewählt worden sind. § 394 schränkt die Verschwiegenheitspflicht ein, § 395 führt andererseits eine besondere Schweigepflicht für diejenige Beamten ein, die für die Gebietskörperschaft die Aktien verwalten. Wie die Ausschüsse ausdrücklich betonen, sind die aktienrechtlichen Grundsätze über die Wahrung von vertraulichen Angaben und Geheimnissen im wesentlichen unberührt geblieben, bei Kropff S. 496.

2) Kropff, S. 496; v. Godin-Wilhelmi § 395 Anm. 2.

3) Ausschlußbericht bei Kropff a.a.O.

beiden Ausschüsse war dabei, wie *Wilhelmi*¹⁾ berichtet, die grundsätzliche Erwägung entscheidend, daß ein Aktionär nur deshalb, weil er eine Gebietskörperschaft ist, Sonderrechte gegenüber anderen Aktionären nicht haben sollte.

b) Öffentlichrechtliche Sondervorschriften für öffentliche Aktionäre

Im verwaltungsrechtlichen Schrifttum wird zum Teil eine pauschale Gleichbehandlung privater und öffentlicher Aktionäre abgelehnt. Man fordert dort für die öffentlichen Aktionäre bestimmte Sonderrechte²⁾. Diese Forderungen haben ihre Grundlage in Vorschriften des öffentlichen Rechts, die sich mit der öffentlichen Hand als Aktionär befassen und die teilweise vom Aktiengesetz abweichende Regelungen enthalten.

Nach diesen Vorschriften ist eine Beteiligung von Gebietskörperschaften an Aktiengesellschaften nur zur Verfolgung öffentlicher Zwecke zulässig. Zur Erreichung dieser Zwecke sollen sich die öffentlichen Aktionäre besonderen Einfluß in den Gesellschaften sichern. Im einzelnen gilt folgendes: Für Bundesbeteiligungen sind maßgebend § 48 RHO (Fassung vom 13.12.1933, RGBI II, S. 1007), der gemäß Gesetz vom 7.6.1950 (BGBl S. 199) auf die Haushaltsführung des Bundes vorläufig anzuwenden ist, und § 60 RWB³⁾. § 60 Abs. 2 RWB verlangt für die Zulässigkeit von Bundesbeteiligungen, daß ein wichtiges Interesse des Bundes vorliegt, die Inanspruch-

-
- 1) v. *Godin-Wilhelmi* § 395 Anm. 2. *Wilhelmi* war als Abgeordneter und Mitglied des Rechtsausschusses an führender Stelle an der Schaffung des Aktiengesetz 65 beteiligt.
 - 2) *Ipsen*, Kollision und Kombination von Prüfungsvorschriften des Haushalts- und des Aktienrechts, JZ 1955, S. 593 ff., 597. Ihm folgend: *Vogel*, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, u.a. S. 179; *Berkemann*, Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften, zusammenfassend S. 253 ff.
 - 3) Wirtschaftsbestimmungen für die Reichsbehörden vom 11.2.1929 (BMinBl. S. 49).

nahme der Bundesmittel nicht zu einem Nachteil für den Bund führt, und das vom Bund angestrebte Ziel sich nur durch eine solche Beteiligung erreichen läßt. Nach § 48 Abs. 3 in Verbindung mit § 48 Abs. 2 RHO soll der Bund, wenn er Anteile bestehender Gesellschaften besitzt oder solche erwirbt, darauf hinwirken, sich durch geeignete Abmachungen den nötigen Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft, insbesondere eine angemessene Vertretung im Aufsichtsrat, zu sichern. Soweit es der vom Bund verfolgte Zweck erfordert, soll die Beteiligung des Bundes davon abhängig gemacht werden, daß ihm in der Satzung besondere Rechte eingeräumt werden.

Für die Beteiligung der Bundesländer an Aktiengesellschaften gilt entsprechendes¹⁾.

Die Zulässigkeit der Beteiligung von Gemeinden und Gemeindeverbänden an wirtschaftlichen Unternehmen ist im Anschluß an § 67 DGO in den Gemeindeordnungen der Länder geregelt²⁾. Danach darf sich eine Gemeinde an einem rechtlich selbständigen wirtschaftlichen Unternehmen nur beteiligen, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen sie selbst ein eigenes Unternehmen unterhalten darf, und wenn für die Beteiligung eine Form gewählt wird, bei der die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt wird³⁾. Die Gemeinden dürfen selbst ein Unternehmen unterhalten, wenn, insoweit stellen alle Gemeindeordnungen gleiche Voraussetzungen auf⁴⁾, ein öffentlicher Zweck das Unternehmen rechtfertigt, das Unternehmen in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht, und wenn ein angemessenes Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf besteht. In einigen Ländern wird außerdem verlangt, daß der mit dem Unternehmen

1) Vialon, Haushaltsrecht S. 1117; Frentzel S. 21; Helmert, Haushalts-, Kassen-, und Rechnungswesen S. 290.

2) Surén, S. 139 ff.

3) Die zweite Voraussetzung ist bei Beteiligung an Aktiengesellschaften stets gegeben.

4) Surén S. 182 ff.; Helmert S. 290.

erstrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird.¹⁾

Hat sich eine Gemeinde an einer AG beteiligt, dann sind nach § 70 DGO die von der Gemeinde in die Organe der Gesellschaft "entsandten" Personen weisungsgebunden. Entsprechende Vorschriften enthalten die seit 1945 erlassenen landesrechtlichen Gemeindeordnungen²⁾. Diese gemeindlichen Weisungsrechte stehen im Gegensatz zur gesellschaftsrechtlichen Weisungsfreiheit der Mitglieder des Aufsichtsrates und des Vorstandes. Nach der amtlichen Begründung nach § 70 DGO war es Zweck dieser Bestimmung, die bis dahin umstrittene Frage, ob die von einer Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitglieder an Weisungen der Gemeinde gebunden seien, im bejahenden Sinne zu klären.

c) Die Lehre von der Durchbrechung des privaten Gesellschaftsrechts durch Vorschriften des öffentlichen Rechts

Die angeführten öffentlichrechtlichen Vorschriften sind von Ipsen³⁾ zur Begründung einer Lehre herangezogen worden, die weitreichende Modifikationen des privaten Gesellschaftsrechts dann als eingetreten ansieht, wenn die öffentliche Hand sich an einer AG beteiligt. Ipsen geht davon aus, daß die Gebietskörperschaften - entsprechend dem Gebot der §§ 60 RWB, 48 RHO, sowie der dem § 67 DGO entsprechenden Vorschriften der Gemeindeordnungen - mit ihrem Beteiligungsbesitz besondere öffentliche Interessen und Zwecke verfolgen. Das Unternehmen der Gesellschaft bekommt nach dieser Lehre vom öffentlichen Aktionär öffentliche Aufgaben übertragen und wird fortan, trotz Beibehaltung der zivilrechtlichen

1) Surén a.a.O.

2) Surén S. 215, 216.

3) JZ 1955 S. 97 ff. und NJW 1963 S. 2102 ff.; ihm folgend: Vogel und Berkemann a.a.O.

Organisationsform, für Verwaltungszwecke eingesetzt¹⁾. Diese Zuordnung zur öffentlichen Verwaltung soll solche Durchbrechungen des Privatrechts legitimieren, die zur Verwirklichung der öffentlichen Zwecke erforderlich sind. Im Kollisionsfall sollen die öffentlichrechtlichen Vorschriften Vorrang haben.

Diesen Vorrang des öffentlichen Rechts hat Ipsen in den bisher entstandenen Streitfragen zu diesem Problemkreis eindeutig befürwortet. Einmal ging es um die Frage, ob die Prüfung von Aktiengesellschaften mit Bundes- oder Länderbeteiligung durch Prüfungsgesellschaften, an denen Bund oder Länder gleichfalls beteiligt waren, mit der Inkompatibilitätsvorschrift des § 137 Abs. 2 AktG 1937 zu vereinbaren war. Flume²⁾ hatte die Frage mit der Begründung verneint, Sinn und Zweck der Vorschrift, nämlich die Sicherung totaler Prüfungsunabhängigkeit, erforderten ihre Anwendung auch auf die jPöR. Hierbei war er von der Voraussetzung ausgegangen, daß die Prüfungsvorschriften, wie überhaupt alle Vorschriften des Aktiengesetzes, uneingeschränkt auch für Aktiengesellschaften der öffentlichen Hand gelten müßten³⁾. Demgegenüber hatte Ipsen⁴⁾ den Standpunkt vertreten, in diesem Fall liege ein Verstoß gegen das aktienrechtliche Unabhängigkeitsgebot nicht vor. Die aktienrechtlichen Vorschriften seien durch die haushaltsrechtlichen Prüfungsvorschriften modifiziert. Die im Haushaltsrecht enthaltene Regelung der Unabhängigkeit der Prüfer habe Vorrang vor den aktienrechtlichen Bestimmungen. Die zweite Streitfrage betrifft die Einflußnahme des öffentlichen Großaktionärs

1) Ipsen NJW 1962 S. 2105 und JZ 1955 S. 598.

2) Flume, Die Unabhängigkeitsgarantie des Abschlußprüfers nach § 137 Abs. 2 AktG, NJW 1952, S. 484 ff.; derselbe, Nochmals: Zur Unabhängigkeitsgarantie des Abschlußprüfers nach § 137 Abs. 2 AktG, NJW 1953, 90 ff.; umfassend zu dieser Frage: Jäckel, Die Unabhängigkeit der Abschlußprüfer bei der Pflichtprüfung von Aktiengesellschaften der "öffentlichen Hand".

3) NJW 1952, S. 485.

4) JZ 1955 S. 593 ff.

auf die Willensbildung in den Organen der Gesellschaft. Nach ganz herrschender Meinung¹⁾ in der Literatur sowie ständiger Rechtsprechung haben Aufsichtsratsmitglieder - ganz gleich, ob sie von der Hauptversammlung gewählt oder vom entsendungsberechtigten Großaktionär bestellt sind - die Interessen der Gesellschaft vor denen bestimmter Aktionäre wahrzunehmen; sie sind nicht an Weisungen derjenigen Personen gebunden, denen sie ihr Mandat verdanken. Anderer Ansicht sind wiederum Ipsen²⁾ und einige andere Vertreter des verwaltungsrechtlichen Schrifttums³⁾. Sie verweisen auf die in § 17 DGO bzw. den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften vorgesehenen Weisungsrechte des öffentlichen Aktionärs und behaupten, die öffentlichrechtliche Regelung habe Vorrang vor der zivilrechtlichen. Der Bundesgerichtshof⁴⁾ hat die Frage offengelassen, ob § 70 DGO oder den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften tatsächlich dieser Rang zukommt, doch hat er klargestellt, daß es keinen allgemeinen, überpositiven Rechtsgrundsatz gibt, wonach dem öffentlichen Aktionär besondere Weisungsrechte zustehen.

d) Die Bedeutung dieser Lehre im Rahmen dieser Untersuchung

Der Beteiligungsbesitz einer juristischen Person öffentlichen Rechts an einer AG dient Verwaltungszwecken. Das hat zur Folge, daß auch das Unternehmen der AG diesen Zwecken dienstbar gemacht wird. Diese Veränderung des Gesellschaftszwecks rechtfertigt einen Vorrang des öffentlichen Rechts, soweit es mit privatrechtlichen Vorschriften kollidiert. Ein Beispiel hierfür ist die, nach öffentlichem Recht vorgesehene Weisungsge-

1) Vialon, Haushaltsrecht S. 730 (RHO-Kommentar § 48 Anm. 31); Schlegelberger-Quassowski Aktiengesetz § 88 Anm. 22; RG JW 1932, S. 2279; RGZ 165 S. 68 ff., 79; Schmidt/Meyer-Landrut im Großkommentar § 88 Anm. 16 m.w.Nachw.

2) JZ 1955 S. 599.

3) Vogel S. 179 ff.; Köttgen Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DJT-Festschrift 1960 Bd. I S. 610 Anm. 112; Hamm S. 57; Surén S. 215/216.

4) BGH II. Zivilsenat Urt. v. 29.1.1962, BGHZ 36, S. 299 ff. S. 304 ff.

bundenheit der von dem öffentlichen Aktionär entsandten Aufsichtsratsmitglieder; der gesellschaftsrechtliche Grundsatz der Unabhängigkeit der Organe findet keine Anwendung. - So lautet, auf eine kurze Formel gebracht, die oben dargestellte Lehre. Sie richtet sich gegen die Auffassung der herrschenden Meinung, daß juristische Personen öffentlichen Rechts, wenn sie sich an einer AG beteiligen, in vollem Umfang den Vorschriften des privaten Gesellschaftsrechts unterworfen sind.

Eine Stellungnahme zu diesem Meinungsstreit würde eine umfassende Untersuchung der rechtlichen, insbesondere der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Problematik erforderlich machen, die die Teilnahme der öffentlichen Hand am Wirtschaftsleben aufwirft. Doch kann im Rahmen dieser Arbeit auf eine solche Untersuchung verzichtet werden. Die Entscheidung des Meinungsstreits ist nämlich ohne Einfluß auf die im Rahmen dieser Arbeit untersuchte Frage, ob die jPöR mitteilungspflichtige Unternehmen nach § 20 AktG sind oder nicht. Es gibt in dieser Frage keine Kollision zwischen öffentlichem und privatem Recht. Das öffentliche Recht enthält weder eine Vorschrift, die die Publizität des Beteiligungserwerbs der öffentlichen Hand untersagt, noch eine solche, die sie, abweichend von § 20 AktG, vorschreibt. Mithin kommt es auf die Frage, wie Kollisionsfälle zu lösen sind, nicht an. Ganz abgesehen davon sind auch besondere Interessen der öffentlichen Hand, nicht nach § 20 AktG Mitteilung zu machen, nicht ersichtlich. Der öffentliche Großaktionär befindet sich, was den Wunsch einer Geheimhaltung angeht, in der gleichen Situation wie jeder private Großaktionär. Ein spezifisch öffentliches Geheimhaltungsinteresse besteht nicht.

Ohne große Bedeutung ist hier auch, ob dem öffentlichen Aktionär besondere Weisungsrechte Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber zustehen, denen Folgepflichten dieser Personen entsprechen. Der Gesetzgeber ist bei der Schaffung der Mit-

teilungspflichten ohnehin nicht von der rechtlichen, sondern von der faktischen Macht des Großaktionärs ausgegangen. Er war sich darüber im klaren, daß regelmäßig der faktische Einfluß des Großaktionärs den rechtlichen erheblich übersteigt, und daß vielfach die Unabhängigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat nicht mehr gegeben sind. Angesichts dieses Ausgangspunkts des Gesetzgebers ist die Frage, inwieweit bei öffentlichen Großaktionären die faktische Macht auch noch rechtlich legitimiert ist, bedeutungslos.

e) Zusammenfassung

Die rechtliche Stellung der öffentlichen Hand als Aktionär ist grundsätzlich die gleiche, wie die von Privatpersonen. Es bestehen zwar besondere öffentlichrechtliche Schranken für einen Beteiligungserwerb. Diese interessieren hier jedoch deswegen nicht, weil § 20 AktG auf einen bereits erfolgten Aktienerwerb abstellt und die Frage der Zulässigkeit der Beteiligung unberücksichtigt läßt.

Streitig ist, ob das Aktienrecht in Teilbereichen durch öffentlichrechtliche Vorschriften durchbrochen wird. Für diese Arbeit ist diese Streitfrage unerheblich, weil § 20 AktG mit keiner öffentlichrechtlichen Vorschrift kollidiert.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, der öffentliche Aktionär habe besondere Einflußrechte in der Gesellschaft, die über die Rechte sonstiger Aktionäre hinausgehen. Auf die Richtigkeit dieser Ansicht kommt es deswegen nicht an, weil den Mitteilungspflichten nicht die rechtliche, sondern die faktische Machtposition des Großaktionärs zu Grunde liegt.

2. Die Auswirkungen der Beteiligung der öffentlichen Hand auf die Interessenlage der Publizitätsadressaten

Es ist aufgezeigt worden, daß die rechtliche Stellung des öffentlichen Großaktionärs - soweit sie für das hier anstehende Auslegungsproblem von Bedeutung ist - die gleiche ist, wie die jedes privaten Großaktionärs. Neben der Rechtsstellung des Großaktionärs sind für die Interessenlage weiter

von Bedeutung folgende Gesichtspunkte: Die Beteiligungsziele des öffentlichen Aktionärs sowie sein Verhalten als herrschender Aktionär; hier insbesondere die Frage, inwieweit der öffentliche Großaktionär gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Nachteil der Publizitätsadressaten verfolgt, bzw. wie groß die Wahrscheinlichkeit solcher Schädigungen ist.

a) Die Beteiligungsziele des öffentlichen Aktionärs

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß verschiedene öffentlichrechtliche Vorschriften die Beteiligung der öffentlichen Hand an Aktiengesellschaften von der Verfolgung öffentlicher Zwecke abhängig machen. Die öffentliche Hand soll nur dann Aktionär werden dürfen, wenn für ihre Beteiligung ein öffentliches Interesse besteht. Das Schrifttum zum Unternehmensbegriff¹⁾ folgert aus dieser vorgeschriebenen Zielsetzung, juristische Personen öffentlichen Rechts könnten kein Unternehmen sein²⁾. Unternehmenseigenschaft und Verfolgung öffentlicher Zwecke sollen unvereinbar sein, weil angeblich nur dann von einem Unternehmen gesprochen werden kann, wenn ein gewisses Maß an Gewinnstreben vorhanden ist. Daß begrifflich ein solcher Gegensatz nicht besteht, daß also der Verzicht auf ein reines Gewinnstreben zu Gunsten öffentlicher oder gemeinnütziger Zwecke begrifflich nicht die Unternehmenseigenschaft ausschließt, ist bereits festgestellt worden³⁾. Zu klären bleibt jetzt noch, ob die Interessenlage der Publizitätsadressaten eine andere ist und evtl. anders bewertet werden muß, wenn der Großaktionär seine Macht nicht zu seiner eigenen Bereicherung, sondern zur Verwirklichung öffentlicher Ziele einsetzt.

1) Siehe oben S. 10.

2) Dabei geht man wohl stillschweigend davon aus, daß in der Praxis dem gesetzlichen Gebot immer Folge geleistet wird.

3) Siehe oben S. 28 ff.

Dazu ist die Kenntnis der öffentlichen Beteiligungsziele¹⁾ erforderlich. Diese sind so zahlreich, und verschiedenartig, daß die pauschalierende Bezeichnung "öffentliche Zwecke bzw. Interessen" lediglich etwas über die Natur des Interessenträgers aussagen kann, nichts jedoch über die Ziele selbst. Teilweise läßt sich eine Identität mit den Zielen der meisten privaten Aktionäre feststellen, dann nämlich, wenn die Erzielung möglichst hoher Gewinne, das reine Gewinnstreben also, im Vordergrund steht. Diese Motivation hat in der Vergangenheit sicher eine größere Rolle gespielt als heute. Indessen ist sie auch heute noch, vor allem beim Bund, in weitem Umfang vorhanden²⁾. Immerhin betrugen nach Eckstein³⁾ im Rechnungsjahr 1963 die Gewinne aus bundeseigenem Beteiligungsvermögen 116,7 Mio.DM. Und nach Angaben Horaks⁴⁾ haben die Gemeinden in der BRD im Jahre 1959 5,6% ihrer gesamten Deckungsmittel aus Erwerbseinkünften aufgebracht. Mögen gerade bei den Gemeinden auch versorgungspolitische Beweggründe Vorrang haben⁵⁾, so ist doch nicht das Bestreben

-
- 1) Von den Beteiligungszielen streng zu unterscheiden sind die Gründe für die Wahl der Form der Privatgesellschaft (im Gegensatz etwa zur Form der öffentlichen Anstalt oder des Eigenbetriebes). Hier sind zu nennen: Das Streben nach einer elastischeren Betriebsführung; die fehlende Bindung an das Beamtenrecht, was für die Anwerbung von Spitzenkräften von Bedeutung ist; und nicht zuletzt die Möglichkeit, durch den Einsatz von höchstens der Hälfte des risikotragenden Kapitals über die Gesellschaft als ganze verfügen zu können. Vgl. dazu Forsthoff, S. 482 und Naendrup, Privatrechtliche Haftungsbeschränkung und staatliche Verantwortung S. 79/80. Allerdings sollte man nicht verkennen, daß die Verfassung der AG im Einzelfall der öffentlichen Hand in der Durchführung ihrer Pläne hinderlich sein kann. Ein Beispiel hierfür sind die Auseinandersetzungen über die Preiserhöhungen des Volkswagenwerkes im Frühjahr 1962. Dem Bund gelang es trotz seiner relativ hohen Beteiligung nicht, seine besonderen Interessen durchzusetzen, weil der Vorstand auf seiner Selbständigkeit und Entscheidungsfreiheit bestand. Siehe auch Westermann, Die Verantwortung des Vorstandes der Aktiengesellschaft, in: Eine Freundesgabe der Wissenschaft, S. 265, der in diesem Fall "ein gutes Beispiel für die organisatorische Selbständigkeit und entsprechende Verantwortung des Vorstandes" sieht.
- 2) Vgl. Horak S.45; Bremme, Die Gemeinden als Aktionäre, Diss. Heidelberg 1965 S. 6 m.w.N.
- 3) Eckstein, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Bergbau und in der Elektrizitätswirtschaft der BRD S.129
- 4) A.a.O. S. 47.
- 5) So Eckstein a.a.O. S. 130.

zu verkennen, durch Erträge aus Beteiligungen die ständig angespannten kommunalen Etats zu entlasten.

Neben dem Erwerbsstreben verfolgt die öffentliche Hand überwiegend Ziele, die sich weitgehend von denjenigen privater Aktionäre unterscheiden, Ziele wirtschaftspolitischer, sozialpolitischer und staatspolitischer Art. Stichwortartig seien hier genannt¹⁾: Dämpfung oder Belebung der Konjunktur; Förderung des Wettbewerbs; Förderung des technischen Fortschritts; Verhinderung monopolistischer Marktsituationen; Ergänzung des privaten Unternehmertums auf Gebieten, wo wegen mangelnder Rentabilitätserwartungen oder zu hohen Risikos die Initiative des Privatunternehmertums fehlt; Sicherung von Arbeitsplätzen; Strukturverbesserungen; Versorgung der Bevölkerung mit Energie, Wasser, Müllabfuhr; Krankenversorgung; sozialer Wohnungsbau; Kontrolle der Produktion besonders wichtiger und geheimer Güter, wie z.B. von Rüstungsgegenständen.

Es ist hier nicht der Ort zu prüfen, ob in der Praxis alle Beteiligungen der öffentlichen Hand tatsächlich "öffentlichen Interessen" dienen. Man mag mit Recht daran zweifeln,²⁾ daß öffentliche Zwecke es erforderlich machen sollen, daß Gemeinden Flaschen, Schuhe und Mineralwasser herstellen, und an Reisebüros, Autowerkstätten und Baustoffhandlungen beteiligt sind. Die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit stellt sich hier genauso wenig, wie die nach der wirtschaftspolitischen Zweckmäßigkeit.

Worauf es hier allein ankommt, ist folgendes: Verändert sich die für § 20 AktG relevante Gefahrenlage schon dann entscheidend, wenn der Großaktionär nicht, oder nicht in erster Linie, Gewinne erstrebt, sondern wirtschafts-, sozial- oder staatspolitische Ziele verfolgt? Diese Frage muß man verneinen,

1) Vgl. dazu im einzelnen: Horak S. 47 ff; Hamm S. 22 ff.; Lang, Der Einfluß der öffentlichen Hand auf gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften, Diss. Freiburg 1964; Bremme S. 6 ff.

2) Hamm, Kollektiveigentum S. 46.

wenn man sich vor Augen führt, daß § 20 AktG die außenstehenden Aktionäre und die Gläubiger vor Schädigungen durch den Großaktionär schützen soll, und solche Schädigungen immer dann eintreten, wenn der Großaktionär gesellschaftsfremde Sonderinteressen verfolgt¹⁾. Gesellschaftsfremde Sonderinteressen verfolgt der Großaktionär immer dann, wenn er nicht in erster Linie das Interesse der Gesellschaft, also das Gewinnstreben aller Teilhaber, im Auge hat, sondern andere, außerhalb des Eigeninteresses der Gesellschaft liegende, Ziele fördert. In dem Maße, in dem der Großaktionär dadurch für sich selbst oder Dritte Sondervorteile erzielt, werden die außenstehenden Aktionäre, und letztlich auch die Gläubiger der Gesellschaft geschädigt²⁾. Diese Schädigungen treten aber nicht nur dann ein, wenn der Großaktionär in Bereicherungsabsicht handelt, sondern auch dann, wenn er öffentliche Interessen fördert, weil auch im letzten Fall außerhalb der Gesellschaft liegenden Interessen der Vorrang vor dem Eigeninteresse der Gesellschaft eingeräumt wird. Der öffentliche Großaktionär setzt (auch) das nicht von ihm selbst eingebrachte Kapital für seine öffentlichen Zwecke ein und mindert hierdurch notwendig den Gewinn der Gesellschaft. Er fördert die öffentlichen Interessen also auf Kosten der Minderheitsaktionäre. Ein Beispiel³⁾ mag dies veranschaulichen: Der Vorstand der Volkswagenwerke AG hielt im Frühjahr 1962 aufgrund der Kostenentwicklung und der Marktlage Preiserhöhungen im Interesse der Gesellschaft für erforderlich. Die Bundesregierung war zur gleichen Zeit um eine allgemeine Preisstabilität bemüht. Der Bund versuchte nun unter Einsatz seiner Macht als Großaktionär die unternehmerische Entscheidung des Vorstandes in seinem Sinne zu beeinflussen. Der Versuch mißlang. Daß in diesem Einzelfall der Vorstand sich behaupten konnte, nimmt dem Beispiel nicht den Beweiswert. Hätte sich nämlich der Bund durchgesetzt, - das ist ein durchaus denkbarer Fall - dann wäre die Gewinnentwicklung der Gesellschaft höchstwahrscheinlich

1) Siehe oben S. 58 ff.

2) Siehe oben a.a.O.

3) Vgl. S. 115 Fn. 1.

scheinlich ungünstiger verlaufen. Die anderen Aktionäre hätten finanzielle Nachteile erlitten, weil die Gewinnsituation sich auswirkt auf Dividendenausschüttungen und Börsenkurs, und den Gläubigern hätte weniger Gesellschaftsvermögen gehaftet. Die Bundesregierung hätte also auf Kosten dieser Personengruppen einen Beitrag zur Preisstabilität geleistet, und damit sicher im öffentlichen Interesse gehandelt.

Damit dürfte klar geworden sein, daß die relevante Gefahrenlage der Publizitätsadressaten genauso gegeben sein kann, wenn der Großaktionär, statt Erwerbszwecke, öffentliche Zwecke verfolgt. Der weitverbreiteten Ansicht, die öffentliche Hand sei deswegen kein Unternehmen, weil sie nicht in Gewinnabsicht, sondern zur Verwirklichung öffentlicher Ziele in der Gesellschaft tätig werde, kann nicht gefolgt werden.

b) Die Einflußnahme des öffentlichen Großaktionärs auf die Gesellschaft

Nicht gefolgt werden kann auch der Ansicht, die öffentlichen Körperschaften seien deswegen keine Unternehmen, weil sie die Gesellschaften, an denen sie beteiligt seien, nicht lenkten und planerisch beeinflussten¹⁾.

Hier wird die öffentliche Hand auf eine Stufe gestellt mit einem privaten Anlageaktionär²⁾, der lediglich seine Aktien verwaltet ohne auf die Geschicke der Gesellschaft Einfluß zu nehmen, und den nichts anderes interessiert als eine gute Dividende und eine positive Kursentwicklung. Ob ein solcher Großaktionär zur Mitteilung verpflichtet wäre, ist in der Tat zweifelhaft, weil an einer Publizierung seiner Macht kein großes Interesse bestünde. Doch ist die Wirklichkeit anders. Bund, Länder und Gemeinden dürfen sich nur dann an Aktiengesellschaften beteiligen, wenn ein wichtiges öffentliches Interesse vorliegt, und sich dieses Interesse auf andere

1) Kropff, BB 1965 S. 1285; Rasch S. 38; Raisch JZ 1966, S. 555.

2) Vgl. die Ausführungen von Kropff a.a.O.

Weise nicht verwirklichen läßt. Der Bund muß sich nach § 48 Abs. 2 RHO Einfluß auf die Geschäftsführung und eine angemessene Vertretung im Aufsichtsrat sichern; außerdem soll er sich in der Satzung besondere Rechte einräumen lassen. Die Gemeinden haben nach den Gemeindeordnungen der Länder Weisungsrechte gegenüber den von ihnen entsandten Aufsichtsratsmitgliedern. Diese besonderen Einflußrechte dienen den öffentlichen Körperschaften zur Durchsetzung ihrer spezifischen öffentlichen Interessen, zu deren Verfolgung für sie eine Rechtspflicht besteht. Diese Ziele können aber nur verwirklicht werden, wenn die öffentliche Hand auf die Verwaltung der Gesellschaft Einfluß nimmt. Eine Zurückhaltung in dieser Hinsicht, wie sie von Kropff unterstellt wird, wäre somit ein Verstoß gegen zwingendes öffentliches Recht; die zuständigen Beamten würden pflichtwidrig handeln¹⁾. Im Wirtschaftsleben ist denn auch von einer Zurückhaltung der öffentlichen Körperschaften nichts zu spüren²⁾. Der Bund delegiert Bundesbeamte, die kommunalen Körperschaften entsenden Kommunalbeamte in die Aufsichtsräte "ihrer" Aktiengesellschaften. Diese Beamten erhalten genaue Weisungen, wie sie ihre gesellschaftsrechtliche Macht auszuüben haben. Die Wirtschaftspläne der Gesellschaften, schließlich, werden vielfach, unter Umgehung der gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, in den Ministerien, Kreis- und Stadtverwaltungen aufgestellt.

Ob man diese Aktivität der jPÖR nun unternehmerisch nennt oder ob man sie, wie Ipsen³⁾, als Erfüllung von Verwaltungsaufgaben ansieht, ist letztlich gleichgültig. Die Unterschiede liegen nur in der Motivation, nicht aber in der Handlungsweise selbst⁴⁾. Der Tatbestand der Machtergreifung

1) Jäckel S. 111.

2) Zum folgenden finden sich Einzelheiten und Nachweise bei Jäckel S. 110 ff.

3) NJW 1962, S. 2105 und JZ 1955 S. 598.

4) Dies betont zu Recht Jäckel, S. 111.

und Machtausübung ist in allen Fällen der gleiche. Der Wahrscheinlichkeitsgrad einer Tatbestandsverwirklichung ist bei der öffentlichen Hand sogar noch größer, denn der private Großaktionär wird nur dann die Macht in der Gesellschaft übernehmen, wenn er sich davon irgendwelche Vorteile verspricht, der öffentliche wird es immer tun, um dem gesetzlichen Gebot Folge zu leisten.

c) Die Gefahr von Schädigungen der Publizitätsadressaten bei Beteiligung eines öffentlichen Großaktionärs

Bei der Prüfung der Unternehmenseigenschaft von Personen des Privatrechts ist darauf abgestellt worden, daß zwar alle Personen als Schädiger der Gesellschaft, und damit der Publizitätsadressaten, in Betracht kommen, daß aber von einem bestimmten Typus ganz besondere Gefahren ausgehen¹⁾. Es handelt sich hier-bei um die Personen, die noch an einer anderen Unternehmung beteiligt sind. Es ist aufgezeigt worden, daß diese Personen mehr Schädigungsmöglichkeiten haben, und daß bei ihrer Beteiligung an einer AG eine wesentlich höhere Wahrscheinlichkeit von Machtmißbräuchen auf Kosten der Publizitätsadressaten besteht, als bei Personen ohne weiteres wirtschaftliches Interesse. Diese Erkenntnis war für die Definition des Unternehmensbegriffs entscheidend²⁾.

Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts haben, wie gezeigt worden ist, als Großaktionär die gleiche rechtliche Stellung wie die Personen des Privatrechts. Sie nehmen auch, wie diese, in der Praxis die Chance wahr, auf die Verwaltung Einfluß zu nehmen und dadurch die Gesellschaft zu beherrschen³⁾. Zu prüfen bleibt jetzt noch, ob auch sie eine Gefahr für die Publizitätsadressaten darstellen, und ob, falls dies bejaht wird, auch bei ihnen danach unterschieden werden muß, ob sie weitere wirtschaftliche Beteiligungen haben oder nicht.

1) Einzelheiten hierzu oben S. 78.

2) Siehe oben S. 81.

3) Siehe oben S. 118 ff.

Die öffentlichen Großaktionäre sind gehalten, ihre Beteiligungen an Aktiengesellschaften für bestimmte öffentliche Zwecke einzusetzen. Wenn sie diesem Gebot nachkommen, verfolgen sie fast immer gesellschaftsfremden Sonderinteressen. Das Interesse der Gesellschaft als Summe der Einzelinteressen aller Gesellschafter unter Berücksichtigung des Gesellschaftszwecks ist auf Erzielung des größtmöglichen Gewinns gerichtet. Das Interesse der öffentlichen Hand ist nur in Ausnahmefällen auf Gewinnerzielung gerichtet. In der überwiegenden Zahl der Fälle will die öffentliche Hand in erster Linie bestimmte wirtschafts, sozial- oder staatspolitische Ziele verwirklichen¹⁾. Diese Zielvorstellung wirkt sich notwendig aus auf das Verhalten der von dem öffentlichen Großaktionär kontrollierten Verwaltung. Da Gewinnmaximierung und Verwirklichung öffentlicher Ziele im Normalfall nicht in Einklang gebracht werden können, muß sich die Verwaltung oft in erster Linie von politischen Vorstellungen leiten lassen und nicht von wirtschaftlichen Leistungen und Preise werden demgemäß nicht nach der Marktlage festgesetzt, sondern nach politischen Daten. Vielfach wird von vornherein bestenfalls eine Kostendeckung angestrebt, selten ein Gewinn. Die Auswirkungen von Einflußnahmen der öffentlichen Körperschaft auf Wirtschaftsunternehmen zeigen sich immer wieder besonders deutlich bei den Versorgungsunternehmen (Verkehrsbetriebe, Elektrizitäts-, und Wasserwerke)²⁾. Von den Geschäftsführungen solcher Unternehmen für erforderlich gehaltene Preiserhöhungen werden von dem Repräsentanten der öffentlichen Hand aus politischen Gründen sehr oft abgelehnt und vereitelt³⁾. Daß dies zu Schädigungen der anderen Aktionäre und der Gläubiger führt, ist bereits

1) Siehe oben S. 116.

2) Diese haben zwar vielfach andere Rechtsformen und befinden sich auch zumeist völlig im Eigentum der öffentlichen Hand. Doch können sie hier deswegen beispielhaft angeführt werden, weil ihre Situation sich jederzeit in jedem Unternehmen anderer Art wiederholen kann. Der oben angeführte Fall der Preiserhöhungen des Volkswagenwerkes (siehe oben S. 117) zeigt das ganz deutlich.

3) Vgl. z.B. den Streit um die Tarifierhöhungen der Hamburger Verkehrsunternehmen, FAZ Nr. 108, v. 9.5.1968, S. 7).

gezeigt worden¹⁾.

Die Gefährdung der Publizitätsadressaten durch Beteiligungen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts ist also vorhanden. Die im Schrifttum²⁾ geäußerte Vermutung, die öffentliche Hand sei bei der Ausnutzung ihrer Beteiligungen zurückhaltender als Private, ist durch nichts begründet. Die genannten Vorschriften des öffentlichen Rechts lassen eher auf das Gegenteil schließen. Das steuerrechtliche Schrifttum geht davon aus, daß bei Beteiligung der öffentlichen Hand oder einer Gesellschaft, die der öffentlichen Hand gehört, die gleichen Gefahren von verdeckten Gewinnausschüttungen bestehen wie bei Beteiligungen Privater³⁾⁴⁾. Instruktiv ist in diesem Zusammenhang auch der folgende, vom Reichsgericht⁵⁾ im Jahre 1923 entschiedene Fall: Eine Gewerkschaft preußischen Rechts⁶⁾ löste sich auf und übertrug ihr Vermögen auf eine andere Gewerkschaft. Der Wert des Vermögens betrug etwa 70 Mio. Mark, der Kaufpreis betrug knapp 4 Mio. Mark. Von beiden Gesellschaften hielt dieselbe Stadt die Mehrheit der Kuxe. Im Unterschied zu den Personen des Privatrechts gehen von den juristischen Personen öffentlichen Rechts aber auch dann erhebliche Gefahren für die Publizitätsadressaten aus, wenn sie keine weiteren wirtschaftlichen Beteiligungen haben⁷⁾. Während die Interessen von Privatpersonen ohne Unternehmung fast immer mit denen der Gesellschaft übereinstimmen, besteht bei einer

1) Siehe oben S. 117/118.

2) Bolsenkötter, Der Betrieb 1967 S. 1099.

3) Westerfelhaus/Glade S. 295 ff.; Lange S. 131 ff. Den verdeckten Gewinnausschüttungen und der Verfolgung von Sondervorteilen durch den Großaktionär liegen die gleichen Sachverhalte zu Grunde, siehe oben S. 61.

4) In der Reformdiskussion ist daher von verschiedener Seite eine Erstreckung der Mitteilungspflichten auf öffentliche Aktionäre gefordert worden. Vgl. Flume, Grundfragen S. 45; DJT-Konzernrecht RZ 801-806; v. Caemmerer, Frankfurter Publizitätsgespräch S. 182, sowie die Diskussionsbeiträge von Flume S. 187, Silcher S. 192, Kaufmann S. 205, Selmer jun. S. 206.

5) V. Zivilsenat Urt. v. 20.10.1923 RGZ 107, 202.

6) Die Rechtsform ist nicht entscheidend. Der Fall hätte sich genau so gut bei einer AG ereignen können.

7) Bund, Länder und zahlreiche kommunale Körperschaften haben allerdings jeweils mehrere Unternehmungen.

Beteiligung der öffentlichen Hand von vornherein ein Gegensatz zwischen dem privaten Gewinnerzielungsinteresse und den besonderen öffentlichen Interessen. Demzufolge sind Machtmißbräuche von Privatpersonen Ausnahmeerscheinungen, während sie im Bereich der öffentlichen Hand notwendige, und damit regelmäßige Folge des Interessenkonfliktes sind.

Die juristischen Personen öffentlichen Rechts haben auch vielmehr Möglichkeiten, gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erzielen. Jede Förderung eines politischen Zieles durch die Gesellschaft bringt ihnen einen Sondervorteil auf Kosten der Publizitätsadressaten.

Der Privataktionär ohne sonstige Beteiligung muß, wenn er sich bereichern will, komplizierte Manipulationen vornehmen, die einer Prüfung standhalten müssen; dies wird ihm nur selten, in unbedeutendem Umfang gelingen. Dagegen kann sich der öffentliche Großaktionär vielfach mit Maßnahmen begnügen, die sich noch innerhalb des Ermessensspielraums der Geschäftsführung bewegen. Er kann z.B. die Preispolitik der Gesellschaft so steuern, daß einerseits die Gesellschaft nicht den optimalen Gewinn erzielt, andererseits aber eine Pflichtverletzung des Vorstandes nicht nachzuweisen ist.

Für den Privataktionär führt jede Beeinflussung der Geschäftsführung, die Nachteile für die Gesellschaft zur Folge hat, zur Selbstschädigung, weil er mittelbar¹⁾ anteilsmäßig jeden Verlust der Gesellschaft mittragen muß, und keine Möglichkeit hat, den Verlust durch sonstige Vorteile zu kompensieren²⁾.

Er wird daher, sieht man einmal von kriminellen Fällen ab, seine Macht i.d.R. nur zum Wohle der Gesellschaft ausüben. Anders ist es bei den öffentlichen Großaktionären. Sie trifft ein Verlust dann nicht schwer, wenn er der Preis für die Erreichung eines bestimmten politischen Zieles ist.

1) Der Aktionär haftet zwar nicht unmittelbar mit seinem Vermögen. Er spürt die Geschäftsentwicklung aber durch die Kursentwicklung und die Dividendenhöhe.

2) Eine solche Möglichkeit haben in der Regel nur Großaktionäre mit weiteren wirtschaftlichen Beteiligungen, siehe oben S. 75 ff.

Berücksichtigt man schließlich noch, daß die öffentlichen Großaktionäre neben der wirtschaftlichen Macht eine erhebliche politische Macht haben, so erscheint eine Publizität ihres Aktienbesitzes gemäß § 20 AktG als dringend erforderlich. Für die Publizitätsadressaten besteht bei Beteiligung der öffentlichen Hand eine gegenüber privaten Großaktionären erhöhte Gefahrenlage. Sie ist vergleichbar der Gefahrenlage, die bei Beteiligung von Privatpersonen mit wirtschaftlichen Interessen besteht. Die juristischen Personen öffentlichen Rechts sind daher ohne Ausnahmen Unternehmen im Sinne des § 20 AktG. Auf das Vorhandensein sonstiger Beteiligungen kommt es nicht an.

ER G E B N I S

Der Begriff des Unternehmens in § 2o AktG dient zur Kennzeichnung einer bestimmten Gruppe von Aktionären, denen eine besondere Pflichtenstellung zugewiesen ist. Großaktionäre, die Unternehmungseigenschaft haben, müssen ihre Machtstellung in der Gesellschaft bekanntgeben.

Die Analyse der Interessenlage und die Würdigung der Publizitätszwecke führen zur Verwendung des wirtschaftswissenschaftlichen Unternehmensbegriffs, der Unternehmung also, bei der Bestimmung des mitteilungspflichtigen Aktionärs. Unternehmen im Sinne von § 2o AktG ist jede natürliche oder juristische Person, bzw. eine Vereinigung solcher Personen, die Träger "einer ökonomischen Einheit" ist, welche Waren oder Leistungen für einen Markt produziert und dabei im Rahmen der gegebenen gesetzlichen Bindungen selbständig plant und entscheidet"¹⁾.

Der Begriff der Unternehmung findet generell Anwendung; Einschränkungen, z.B. bei sehr kleinen oder branchenfremden Unternehmungen, können nicht gemacht werden. Lediglich die freiberufliche Unternehmung ist hier auszunehmen.

Neben dem Träger einer Unternehmung ist auch ein solcher Aktionär zur Publizität verpflichtet, der mit mehr als einem Viertel am Kapital einer Gesellschaft beteiligt ist, die eine Unternehmung betreibt, weil auch in diesem Fall die für § 2o AktG relevante Gefahrenlage besteht.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind nicht unter den gleichen Voraussetzungen Unternehmen wie Personen des Privatrechts. Sie sind ausnahmslos Unternehmen; auf das Vorhandensein von wirtschaftlichen Beteiligungen kommt es bei ihnen nicht an.

1) Gandenberger, Was ist ein Unternehmen? S. 34.

Damit ergibt sich folgender Begriff des Unternehmens:
Unternehmen im Sinne von § 2o AktG sind alle juristischen Personen öffentlichen Rechts; ferner jede natürliche oder juristische Person, oder Personenvereinigung, die mit mehr als einem Viertel an einer ökonomischen Einheit, mit Ausnahme der Produktionsstätte eines freiberuflich Tätigen, beteiligt ist, welche Waren oder Leistungen für einen Markt produziert und dabei im Rahmen der gegebenen gesetzlichen Bindungen selbständig plant und entscheidet.

Lebenslauf

Am 24. März 1944 wurde ich als zweites Kind des Zahnarztes Dr. Karl Müllmann und seiner Frau Bea, geb. Klasen, in Papenburg geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach der Volksschule besuchte ich das Gymnasium in Papenburg und legte am 2.3.1963 dort die Reifeprüfung ab.

Im Mai 1963 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität in Freiburg. Ab Sommersemester 1965 setzte ich mein Studium in Münster fort.

Am 22. Juli 1967 bestand ich am Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. September 1968 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst für die zweite juristische Staatsprüfung.

